

COLECCIÓN **JUS** PENAL

Producción probatoria de la verdad Ley 906 de 2004

Investigación en semiótica judicial

Manuel Fernando Moya Vargas

PENAL 8



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Manuel Fernando Moya Vargas

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de las Comunicaciones, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, postdoctorante en Semiótica Penal con el acompañamiento del maestro Carlos María Carcova de quien es pupilo. Investigador en temas sociojurídicos desde hace más de 20 años, con una producción intelectual de más de quince obras resultado de investigación en el área penal y numerosos artículos científicos publicados en Colombia y Europa. Profesor de Derecho Penal en pregrado y posgrado en diferentes universidades. Actualmente es profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y director del postdoctorado en Justicia constitucional para una paz sostenible de la Universidad Santo Tomás.

Manuel Fernando Moya Vargas

Producción probatoria de la verdad
Ley 906 de 2004

Investigación en semiótica judicial

B
PENAL 8



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Moya Vargas, Manuel Fernando
Producción probatoria de la verdad / Manuel Fernando Moya Vargas.
-- Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015
314 p. 17 x 24 cm. (Colección JUS penal)

ISBN: 978-958-8465-85-2 (impreso)
ISBN: 978-958-8465-86-9 (digital)

1. Prueba penal 2. Procesos (derecho) 3. Verdad (derecho)
I. Título II. Serie

Dewey 345.06 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 3 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 3 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia
© Manuel Fernando Moya Vargas

Primera edición, Bogotá, D.C.
Julio de 2015

Editorial

Universidad Católica de Colombia
Av. Caracas 46-72 piso 5
Bogotá, D. C.
editorial@ucatolica.edu.co
www.ucatolica.edu.co

*Corrección de estilo, armada
y publicación electrónica*

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co
Calle 24A # 43-22. Quinta Paredes
PBX: (571) 269 9950

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A
Carrera 69h #77 - 40, Bogotá.
Tel. (1) 6020808

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49
Bogotá, D. C.
derecho@ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el DEPÓSITO LEGAL
© Derechos Reservados

CONTENIDO

Presentación
Introducción

Capítulo 1. La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico

Condiciones de posibilidad	17
Cómo se opera la transvaloración	19
Contenido y práctica del trasfondo jurídico	23
La transvaloración aplicada al espacio judicial	35

Capítulo 2. Construcción de la realidad en el espacio judicial

El juego judicial reglado a través del procedimiento napoleónico de la Ley 600 de 2000.....	48
La alteridad extrapolada a partir de la ley 906 de 2004.....	52
Las bases motivadas de la comisión redactora.....	55
Un nuevo manejo de la prueba y la dirección de la investigación.....	60
El nuevo manejo de la prueba y las entidades que deben cumplir funciones de policía judicial.....	61
La naturaleza de la prueba y las funciones de la policía judicial	62
La vinculación del instituto colombiano de medicina legal y ciencias forenses	63
La importancia de preestablecer reglas de obtención y tratamiento de elementos materiales probatorios	64

Referencia e inclusión del programa metodológico, como guía para el fiscal y la remisión legal a los manuales de criminalística	64
Primera aproximación a las investigaciones de la defensa.....	66
Sobre el régimen probatorio en particular y su relación con la formalización de la investigación	68
La fijación en el juicio oral y la preocupación por las deficiencias culturales	72
La demanda de fortalecer las posibilidades de la fiscalía general de la nación y la oposición del principio de dignidad humana.....	73
La reiteración de pretender regular minuciosamente algunos aspectos de la práctica de la prueba y su relación con el manejo de la prueba	74
Reiteración relacionada con las deficiencias en la formación de los abogados. Segunda aproximación a las investigaciones de la defensa	76
La importancia de las actividades de investigación y la necesidad de regular las investigaciones de los investigadores privados.....	77
 Conclusiones	 78
 Capítulo 3. El paso del proyecto por el Congreso de la República	
Intervenciones académicas.....	83
El Congreso frente al proyecto.....	86
Primera aproximación. Preocupación por la imposibilidad de acceso de la defensa a los organismos oficiales que producen pruebas técnicas y al sesgo de origen por la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal.....	87
Segunda aproximación. Preocupación por la dirección de las investigaciones. El nivel de preparación de los investigadores. La propuesta de la defensa pasiva y sus contradicciones	93
Tercera aproximación. Nuevamente se plantea la inquietud relacionada con la prueba producida por el Instituto Nacional de Medicina Legal. El temor manifiesto por los montajes probatorios	100
Cuarta aproximación. Insistencia en la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal. Temores de corrupción.....	104
Quinta aproximación. La restricción del tratamiento de la prueba como un problema meramente económico, y el desequilibrio de las partes...	108

Conclusiones	112
Cuadro comparativo entre los textos puestos a consideración del Congreso de la República y los textos conciliados.....	116

Capítulo 4. El manejo de la prueba por intervinientes particulares

Explicación metodológica.....	160
Análisis aplicado a nivel de penales municipales y circuito ordinario	165
Prueba documental	166
Prueba testimonial.....	167
Prueba pericial	168
Análisis aplicado a nivel de circuito especializado	170
Prueba testimonial.....	173
Prueba documental	175
Evidencia física	177
Prueba pericial	178
Indicios	180
Análisis aplicado a nivel de tribunal	181
Prueba testimonial.....	182
Prueba documental	183
Evidencia física	183
Prueba pericial	184
Indicios	185
Análisis ponderado del comportamiento evidenciado en el espacio judicial	185
Verificación del manejo de cada medio de prueba.....	187
Prueba testimonial.....	187
Prueba documental	188
Evidencia física	188
Prueba pericial	189
Indicios	189
Verificación diagnóstica de disfuncionalidad	190
Prácticas generadoras de disfuncionalidad	190
Deficiencias concretadas como factor de disfuncionalidad	205

Acerca de las conclusiones a partir de las entrevistas	207
Acerca de las conclusiones en función de las encuestas.....	221
Percepción de los jueces.....	221
Respecto de los fiscales.....	223
Respecto del ministerio público	224
Respecto de los defensores públicos	224
Defensores privados.....	226
Percepción de los defensores públicos.....	227
La forma como se perciben los abogados particulares.....	230
Percepción de los fiscales.....	232
Percepción de los peritos.....	234
Percepción de los investigadores de la fiscalía	236
Percepción de los investigadores de la defensa	238
Percepción de los procuradores	239

Capítulo 5. Las deficiencias de las estructuras curriculares y una propuesta sustitutiva

Asignaturas generales	245
Semiología I.....	245
Comunicología, semiología II o retórica	245
Argumentación.....	246
Asignaturas especiales	246
Investigación de campo	246
Pruebas penales	247
Criminalística I.....	247
Medicina legal.....	248
Investigador testigo	248
Técnicas de litigio oral	249
Pasantías	250

Capítulo 6. Bases para una propuesta legislativa

Regulación de la actividad de los investigadores privados.....	252
Registro de litigantes	254

Relaciones judiciales internacionales	256
Cooperación judicial recíproca	257
Régimen de la Ley 906 de 2004	258
Clases	259
Autoridades competentes	259
Medios	260
Contenido de las solicitudes	260
Trámite	261
Legislación aplicable	262
Traslado de funcionarios	262
Exhortos	263
Reserva	264
Limitaciones a la utilización de las pruebas	264
Medidas sobre bienes	264
Remisión de procesos	266
Rechazo	266

Capítulo 7. La comisión de seguimiento frente a la implementación

Desarrollo y promoción de procesos de investigación	268
Creación de textos especializados	270
Prueba testimonial	270
Documentos	271
Evidencia física y elementos materiales probatorios	272
Experticios	272
Inspección	273
Recomendaciones en concreto	273

CONCLUSIONES	277
---------------------------	-----

ANEXOS	283
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	305
---------------------------	-----

PRESENTACIÓN

Comenzando el siglo XXI se reconoció la importancia de impactar contundentemente el espacio judicial constituido por los procesos penales. A tal finalidad, se estimó que era preciso modificar el esquema procesal, lo cual servía para contemporizar las tendencias del derecho internacional, particularmente las marcadas a partir del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Ciertamente había disfunciones, pero la verdad es que jamás fue científicamente diagnosticado en qué consistían, ni mucho menos que incorporar los principios, acusatorio y adversarial, fuese la solución.

La realidad da sobradas razones. Pues a diez años de entrada en vigencia la Ley 906 de 2004, y trece años de modificada la Constitución mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, tenemos una administración de justicia penal, mucho más disfuncional, inoperante, injusta, y propicia a prácticas de autocomposición.

Investigar semióticamente los procesos de producción de la verdad judicial, es un aporte significativo de la Academia, pues fuerza verificar lo sucedido y dar cuenta de los errores, más que para denunciarlos, para advertir de los efectos en caso de persistirse antes que intentar superarlos.

Precisamente, una inquietud importante dentro de los procesos comunicativos de construcción del sentido de la justicia, es establecer cómo se procede a construir la verdad en los espacios judiciales, y qué tanto ello es compatible con el sentido social de justicia.

El tipo de investigación, cuyos resultados contienen la presente obra, sirve para estudiar el fenómeno y, acaso también para verificar los métodos de individuación a que la sociedad colombiana ha sujetado la institución del proceso penal.

Es una investigación predominantemente cualitativa, y que ingresó algunos elementos cuantitativos, para una mejor comprensión del fenómeno. El método es decididamente semiótico y permite ser incorporado a la línea de investigación Fundamentos y Transformaciones del Poder Punitivo del Grupo Conflicto y Criminalidad, en desarrollo del proyecto La Producción de la Verdad en la Ley 906 de 2004.

INTRODUCCIÓN

Debe resonar en la conciencia del investigador que, “Considerar algo racionalmente no quiere decir acercar la razón al objeto desde fuera y elaborarlo por medio de ella, sino que el objeto es por sí mismo racional; aquí está el espíritu en su libertad, la más alta cumbre de la razón autoconsciente que se da en la realidad y se produce como mundo existente”.

Son palabras de Hegel, quien seguramente no imaginó cuán lejos permaneceríamos todavía del camino de la reflexión sobre el espacio judicial, y la arrogancia con que indagaríamos el campo jurídico. No podemos menos que admitir que muy escasas han sido en el país las indagaciones semióticas, puesto que los analistas han tenido más a la reafirmación de sus convenciones discursivas particulares, antes que volver la mirada hacia la forma como se construye el sentido de la justicia dentro del espacio judicial.

Por esa misma razón la decodificación del espacio judicial ha venido siendo una típica aventura legislativa. Se trajo lo que han llamado “sistema acusatorio”, como solución a unos problemas de los cuales apenas se sabían algunos de sus síntomas, pero no sus orígenes y mucho menos su dinámica. Era preciso cambiar el espacio judicial, pero no hubo el cuidado de diagnosticar seriamente los motivos del cambio, pese a proceder hacia uno tan radical.

En el intento de contribuir a la modificación de ese tipo de indiferencia, lamentable característica del campo jurídico colombiano, la Universidad Católica

de Colombia desató un proceso investigativo con vocación de permanencia, mediante el cual se indaga por la constitución de la verdad judicial.

El presente texto, contenido del informe final de una investigación adherente a dicho proceso, es tributario de dicha temática, y puede inscribirse en la línea de derecho penal del Grupo Conflicto y Criminalidad, dentro de la línea Fundamentos y Transformaciones del Poder Punitivo, en desarrollo del proyecto La Producción de la Verdad en la Ley 906 de 2004.

Es en sí una aproximación al espacio judicial colombiano, orientado al descubrimiento de las prácticas judiciales vinculadas a la producción de la verdad desde la perspectiva probatoria.

El problema de investigación planteado expone el advenimiento de una serie de nuevas expectativas en el rol de los abogados actuantes en el espacio constituido por la Ley 906 de 2004, conforme con las cuales se les exige abandonar las prácticas connaturales al modelo de enjuiciamiento napoleónico de la Ley 600 de 2000, y asumir exigencias novedosas evidenciadas en múltiples aspectos, dentro de los cuales se ha querido evidenciar la producción de la verdad a partir del manejo de la prueba.

Ciertamente, el abogado que pretende ingresar al proceso tendencia acusatorio y adversarial, se encuentra con que el abandono del método de la instrucción, donde la prueba es practicada a instancia del Estado y con vocación de conservación permanencia, favorable al descubrimiento de la “verdad verdadera”, le plantea una actitud radicalmente distinta cuando le ha sido confiado administrar la producción e incorporación de la prueba, entendido como el proceso que tiene origen en la investigación ordenada a la identificación y adquisición de medios de convicción, su tratamiento, conservación y, finalmente su incorporación. Antes competencia del fiscal, ahora competencia de los dos: defensor y fiscal.

En consideración a que una nueva forma de constitución de la verdad procesal había surgido inopinadamente, donde se opera desde las partes hacia el juez y no, como en el proceso inquisitorial, desde el juez y hacia el juez, la hipótesis de investigación consideró la probabilidad de que los abogados colombianos no se encontraban en condiciones reflexivas ni operativas de atender a dicha expectativa.

Conviene observar que el manejo de la prueba ha sido tradicionalmente complejo. De hecho, desde las fuentes antiguas se fijaron previsiones orientadas a guiar a los operadores del espacio judicial. Como manifestación de esta condición,

hemos querido incluir en un anexo las previsiones vertidas en el *Corpus Iuris Civilis*, si bien a propósito de las acciones civiles, válidas en el tratamiento penal de la prueba, e ilustrativas de lo que anticipamos.

A tal efecto, el proceso de investigación partió de la reconstrucción histórica de la Ley 906 de 2004, en punto al tema concreto del manejo de la prueba, lo que permitió especificar el contenido intencional y los límites extensionales de las disposiciones. De manera que se fijaron los presupuestos estimados durante las deliberaciones de la Comisión Redactora Constitucional y las del Congreso de la República, señalando sus por menores en torno al tema central de investigación.

Luego de esto, se realizó una pormenorizada observación *in situ* sobre doscientas audiencias llevadas a cabo en la sede de los juzgados penales municipales, penales del circuito ordinario, del circuito especializado y del tribunal superior de Bogotá. A partir de esta indagación, se establecieron los aspectos disfuncionales concretos de los abogados, evidenciado en el espacio judicial. Para corroborar mediante otras técnicas, concretamente la encuesta y las entrevistas en profundidad, lo establecido mediante la observación inicial.

Habiendo identificado la causa esencial, se procedió a analizar los programas curriculares en que se formaron y se están formando los abogados, a nivel de pregrado y postgrado; para proceder a verificar a propósito del discurso jurídico si constituía una alternativa ante las deficiencias detectadas.

Llegados a un consolidado de información verificada por varias fuentes, lamentablemente demostramos el aserto de la hipótesis de investigación, a partir de lo cual se desarrollaron las bases de las propuestas mediante las cuales, se pretende establecer la funcionalidad del espacio judicial en relación con el manejo de la prueba y, con ello, las deficiencias en punto a la producción de la verdad judicial.

LA TRANSVALORACIÓN COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS SEMIOJURÍDICO

Habría sido Nietzsche quien primero propuso la transvaloración como categoría de análisis, con lo cual quiso significar los procesos de individuación de contenidos axiológicos significativamente distintos a los ortodoxos. Pretendió el filósofo anticipar la reconcepción comprometida en la transubstanciación que constituía su propuesta filosófica mediante una especie de renacimiento de la relación primordial del hombre consigo mismo y con el universo, en el sentido de formular un evidente *neo relativismo* que, a diferencia de Newton, prescribía que las cosas son relativas a sí mismas, lo cual terminó por constituir el elemento eidético de la teoría de Einstein¹.

Como se sabe, Nietzsche cuestionó severamente la dirección axiológica demarcada por el cristianismo, formulando la posibilidad de un sistema deóntico que no atendía a los mismos contenidos. En rigor, no pretendía constituir categorías novedosas en las prácticas sociales, pero sí apetecía la reconstrucción de los valores comprometidos, informándolos de significados al menos incompatibles con las prácticas informadas por la ética cristiana. Si conforme a la religión de la Iglesia Católica el referente de vida resultaba ser Dios, conforme al significado atribuido a la figura de Jesucristo, al fin y al cabo exterior y distinto al hombre, para Nietzsche no existía otro dios que “el sí mismo”, entendiendo por tal el

.....
¹ Quizás se haga justicia al genio de Nietzsche al concienciarse en que la suya no fue apenas una filosofía, también una antropología lo que propuso y, tal vez más que ello una nueva fe tanto a nivel espiritual como racional.

reconocimiento del ser supremo individual en torno a quien giraba toda dinámica de pervivencia socialmente conformada².

La pretensión resultaba tan agresiva como que exigía no solo la destrucción de las creencias más arraigadas en el sistema de valores vigente, sino su reconducción hacia contenidos frecuentemente opuestos a los que venían operando. Tal violencia indudablemente tiene por cometido el tránsito de un *topos* conocido hacia otro que no lo es, del cual apenas se comparte la intuición de lo que puede llegar a ser, y a lo sumo, el deseo de lo que quisiera ser. Por consiguiente, la transvaloración es en sí una agresión que en tanto tal genera reacciones encontradas, incluso en casos en que existe consenso acerca del propósito compartido de propender a la modificación, o experimentación si se prefiere así admitirlo. Por otra parte, el ser por sí de la transvaloración, esto es, la dinámica de su concepto, compromete resistencias naturales similares a las que experimentan los componentes de un sistema cuando de repente hacen parte de un sistema diferente, pues se sabe que tienden a obedecer a los mismos parámetros de conducta³.

No en vano la filosofía de Nietzsche desató un rechazo tan radical, llegando a la más bastarda tergiversación de sus ideales, tanto que llegó a exhibirse como el filósofo de cabecera e inspirador de Hitler, cuando su propia vida anticipaba una prueba de tal mendacidad, precisamente, la separación emocional con su hermana Beth obedeció a su matrimonio con un antisemita.

.....
2 La verdad sea dicha, el Maestro de Nazaret habría planteado algo muy próximo a lo expuesto por Nietzsche, pues conforme al relato bíblico, Dios es en él de forma inmanente, en ello radicaría la reconcepción de la fe, la "buena nueva" que reivindicó al hombre de su edénica ajenidad y sentido de servidumbre respecto de su Creador.

3 A nivel biológico, piénsese por ejemplo en dos situaciones: por un lado, el llamado "miembro fantasma" y, por otro, el de la anosognosia. En el primer evento, la persona que ha perdido un miembro de su cuerpo del cual cerebralmente puede a voluntad dirigir sus movimientos tiende a comportarse como si aún lo tuviese. Así, puede intentar apoyarse en una pierna de la cual ahora carece como si estuviera en su lugar. Y, de la misma forma, experimenta su presencia pudiendo incluso sentir dolor en el miembro ausente. En el otro evento, el miembro existe pero la persona lo ignora, por ejemplo, porque ha perdido en él la sensibilidad, hasta comportarse como si no existiera. La psicología de la Gestalt ha analizado estas situaciones, sacando conclusiones conforme a las cuales los órganos son inmanentes al sistema que es el cuerpo, dando por consecuencia de esta unidad que la pérdida real o artificial de uno de ellos genera comportamientos tendientes a "ignorar" el cambio suscitado, es decir, la unidad del cuerpo se resiste a adoptar un comportamiento correspondiente con su nueva condición. Esto ocurre al menos mientras se agota un proceso de aceptación del cambio. Este acontecer normal ha sido ocasión de ulteriores estudios que han favorecido la fenomenología de la percepción, conforme al desarrollo que, habiendo iniciado Hegel, resultó decididamente desarrollado por Husserl y luego por su discípulo, Maurice Merleau Ponty. A nivel social la situación no es demasiado diferente: recuérdese el experimento de Stalin cuando operó una mutilación radical del sistema de control penal, dando por resultado que las personas seguían comportándose como si el mismo siguiese existiendo.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

Y él mismo sabía el reclamo insospechadamente exigente de su filosofía, así que advirtió a la humanidad haber nacido póstumo, a causa de la fatídica improbabilidad de comprensión a que se vería abocado. No era ese su momento, y la historia se ha encargado de demostrarlo con sobrados ejemplos.

Condiciones de posibilidad

Las instituciones jurídicas son estructuras sociales cuya existencia se basa en la creencia generalizada de lo que representan⁴. En tanto obra, son fruto de una intención concreta e involucra propósitos igualmente específicos, si bien no necesariamente declarados o, lo que es muy próximo, apenas parcialmente expuestos, lo cierto es que no aparecen azarosamente ni por imposición de fuerzas extrañas a la voluntad humana. Esta cualidad de las estructuras sociales en general, y en particular de las jurídicas puede concretarse indicando que son “intencionales”, queriendo describir con ello que están ordenadas a producir ciertos efectos o condiciones, puesto que son creadas con una finalidad⁵.

Searle señala que las creaciones sociales, como las instituciones, atienden una regla básica descrita por él como “X cuenta como Y en C”, queriendo significar que las estructuras son referenciales, es decir, hacen que una determinada situación represente algo en un contexto específico⁶. Como lo mantiene el mismo autor, ciertos papeles que involucran características preestablecidas representan dinero dentro de un contexto social en que se cree en la institución de la moneda. Desde luego, el dinero apareció para que opere como instrumento de valor de cambio y no como cualquier otra cosa, lo cual no ha obstaculizado una historia específica de la moneda, que de alguna manera haya podido ir más allá o más acá de lo que sus creadores originales hayan podido estimar.

4 Véase Searle, John R. *La Construcción de la Realidad Social*. Editorial Paidós. 1997. Página 41. Aún cuando las ideas fundamentales habían sido ya expuestas por Alfred Shütz en *El Problema de la Realidad Social*. Amorrortu Editores. 1962, y posteriormente, en *Fenomenología del Mundo Social*. Introducción a la Sociología Comprensiva. Paidós. 1972.

5 Al respecto, Searle, John R. *Intencionalidad: Un ensayo en la filosofía de la mente*. Tecnos. 1992. Como los filósofos del lenguaje, Searle, al igual que Greimas, advierte de la distinción entre intencionalidad e intensionalidad. La primera apunta, como se indicó, a la actualización conciente de lo que se pretende mediante el instrumento escogido. El segundo concepto complementa el primero, al proveer información acerca de los límites extensionales de las estructuras, es decir, hasta dónde quiere llegarse, hasta qué punto los términos de la sentencia son insustituibles, como dijera Leibnitz.

6 Searle, Ob. Cit. *La construcción...*, páginas 46 y 61.

Un proceso judicial, por ejemplo, es otra institución en cuanto representa un ritual de definición jurídica, en un medio en que ha sido conformado a partir de reglas tanto constitutivas como regulativas⁷.

Participan las estructuras de otra característica conforme con la cual las instituciones son constitutivas de estatus, entendiendo por tal la asignación de una significación socialmente compartida. Desde luego, como toda institución, las jurídicas también conllevan estatus, y por lo mismo, sus efectos se realizan entre personas humanas individuales o colectivas. El estatus de condenado o absuelto, por ejemplo, se adquiere a través del ejercicio de la institución que es el proceso. O, pensando en instituciones jurídicas como la familia, el estatus de deudor o acreedor de alimentos por ser padre, madre, hijo, esposo o esposa, son en sí mismos representaciones sociales adquiridas a través del ejercicio de las reglas jurídicas previstas para que ciertas personas resulten reconocidas como tales⁸.

De ahí se mantiene que las normas jurídicas están dirigidas a personas o grupos de personas, si bien no necesariamente determinadas, siempre determinables. Queriendo con ello destacar que la institución no se orienta a sujetos distintos, puesto que cosas o animales podrían ocuparlas, siempre que se constituyan en objeto de relaciones con personas⁹. Esta cualidad general permite señalar que la jurídica, en tanto institución, parte de una intención que se pretende realizar en seres humanos socialmente catalogados, es decir, aquellos que podríamos designar como “ciudadanos”, o miembros de una sociedad mayor o menor pero siempre identificable, personas de quienes se predica una serie de presupuestos, aunque en la realidad resulten falsos, como el conocer la ley.

7 Al respecto, Hans Lindahl Elliot. *Juris Dictio*. Pontificia Universidad Javeriana. 1990. Y, Hans Lindahl Elliot. *La Intencionalidad Jurídica. Universitas Philosophica*, número 3. Pontificia Universidad Javeriana. 1984. Desde luego, también Searle se ha ocupado de este tema, al decir que son desorden regulativo las reglas referidas a situaciones que las preceden, no crean nada, apenas regulan lo ya está constituido. Mientras que las reglas constitutivas crean el objeto al cual se refieren. Searle propone como ejemplo de las primeras las reglas de tránsito, y entre las segundas, las del ajedrez. Podríamos decir que en derecho se presentan los dos tipos de reglas: son regulativas las relacionadas con el ejercicio del derecho de contradicción, en la medida que se encargan de una institución que las precede; y es constitutiva la que otorga carácter de única instancia a ciertos procesos, porque en virtud de la norma se convierten en procesos de única instancia. Véase en Searle, *La construcción...* Ob. Cit., página 45.

8 Véase, en Xacobe Bastida. *El Derecho Como Creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2000.

9 Klaus Adomeit. *Introducción a la Teoría del Derecho, lógica normativa, teoría del método y politología jurídica*. Editorial Civitas 1984.

Cómo se opera la transvaloración

La intencionalidad que subyace a las instituciones jurídicas no tiene como objeto el ser interior de las personas, su mente, su espíritu, su ser inconsciente o subconsciente, sino sus manifestaciones. Es decir, a través de la norma jurídica se otorga un significado determinado a las expresiones humanas previamente elegidas a propósito de la institución jurídica, como elemento predestinado para la atribución de estatus¹⁰.

Es preciso ahora distinguir que las instituciones toman acontecimientos reales, naturales o, si se prefiere, hechos que no han sido institucionalizados, para convertirlos en hechos sociales. Searle los designa como “hechos brutos”, por ejemplo, el material físico en donde se vierten las características de un billete para ser tal es un hecho bruto que adquiere toda una significación y función social, a través de la institución del dinero¹¹. La muerte de una persona es así mismo un hecho bruto que a través de la institución jurídica del delito de homicidio se convierte en homicidio. De hecho, la institución es la configuración de una realidad social, que toma por hecho bruto ciertas manifestaciones, sin perder de vista que la estructura selecciona en mayor o menor medida los hechos brutos sobre los que operará.

Por ello mismo, en últimas, la institución consiste en consolidar un significado para atribuírselo a un significante. Es decir, la estructura social tiene una base semántica previamente establecida, derivada de una base sintáctica, al igual que la anterior, previamente determinada. Si pudiésemos diseccionar la abstracción que es la institución, diríamos que tiene precisamente esas dos “partes”. Lo que hace la institución jurídica es señalar un significante (la expresión humana), para atribuirle un significado (el efecto normativo). Es la manera como se opera el mecanismo de asignación de estatus a través de esta particular estructura; como cualquier otra institución, “hace decir algo” a ciertas manifestaciones humanas. Lo cual sugiere que la estructura jurídica produce el efecto de reducir la ambigüedad significativa, ya que con anterioridad a su aparición, la expresión humana a

10 Este aspecto es particularmente desarrollado por Hans Lindahl Elliot en *Iuris Dictio*. Pontificia Universidad Javeriana. 1990. Páginas 26-80.

11 Cfr. Searle, *La Construcción...* Ob. Cit., página 44. Y en un desarrollo más profundo, véase, Searle John R. *Actos de Habla*. Ediciones Cátedra. 1994.

la cual le apunta podía significar lo que la sociedad interpretara espontáneamente, si es que ocupaba de alguna forma sus niveles intencionales. Por cuanto la institución aparece asignando significado a una expresión específica, desarticula la ambigüedad consistente en que se le otorgue una significación aleatoria, porque precisa a partir de ella lo que debe seguir significando¹².

En esta perspectiva dos tipos de institución jurídica son perfectamente identificables. Por una parte, aquellas que otorgan determinado estatus a propósito de la producción del hecho bruto; y, por otra, las que permiten atribuir el hecho bruto a determinada persona para así poder operar la producción de estatus prevista para el productor del hecho bruto. De cualquier forma, lo cierto es que la institución jurídica hace que “alguien haga algo preestablecido”, es decir, hace que la persona produzca un fenómeno institucional, como un delito, un contrato, una obligación, un incumplimiento, una condena, una absolución, etcétera. Pero para poder “hacer ese algo” es preciso que los actores sociales se apropien de la institución, es decir, la incorporen a su vida hasta fundirse en el elemento de su existencia que es su *ser del mundo*, que la experimente hasta vivirla espontáneamente, como si hubiese existido siempre y deba ser así siempre. Por ejemplo, la institución que es el delito de homicidio se experimenta por los actores sociales de manera que no se cuestionan si alguna vez ha dejado de existir el reproche social al acto de dar muerte, sin tener derecho a ello; viviendo así la institución de forma tan natural que resulta un asalto a su conciencia plantearle que el homicidio tiene una historia incierta, probablemente desde la legislación de Numa¹³. Se sabe que las representaciones sociales de instituciones como la familia llegan a introducirse tan profundamente en la vida de las personas que difícilmente se percatan de las alteraciones históricas de la institución, y rechazan hasta la más clara evidencia de su dinámica¹⁴.

12 El mismo aspecto explicado en función sociológica aparece en Herbert Blumer. *El Interaccionismo Simbólico. Perspectiva y método*. Hora S.A. 1982.

13 Ob. Cit. Teodoro Mommsen, páginas 387 y ss.

14 En palabras de Luhmann diríamos “constructivismo operativo”. “La realidad de un sistema es siempre un correlato de sus propias operaciones: siempre una construcción propia”. Niklas Luhmann. *La Realidad de los Medios de Masas*. Universidad Iberoamericana. 2000. Página 17. Cfr. Niklas Luhmann. *Organización y Decisión, Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*. Universidad Iberoamericana. 1997. Respecto de este presupuesto de referencialidad de la familia, véase, Pietro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus. 1965. Cfr. Pablo Rodríguez. La Familia en Colombia. En *La Familia en Iberoamérica 1550-1980*. Universidad Externado de Colombia 2004. Página 277.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

Pero, para que este proceso de individuación de la institución suceda, se precisa de dos órdenes de capacidad de los actores sociales. Por un lado, se precisa que puedan “vivir la institución”, es decir, que al hecho bruto previsto en la estructura le asignen la significación comprometida en ella. Por otro, que pueda admitir el estatus que se otorga a través de la institución jurídica¹⁵. Volviendo sobre el ejemplo del delito de homicidio, es necesario contar con que los actores sociales experimenten el acto de matar como un crimen, lo puedan catalogar de delito y al autor del acto como delincuente u homicida. En últimas es el poder denotar y connotar el hecho bruto conforme se ha previsto en la institución¹⁶.

Siendo así, la asignación de estatus carece de sentido al pensarla individualmente¹⁷. Es decir, el estatus tiene valor en sociedad, en grupo, porque el estatus es una representación social, un significado que vale siempre y cuando haya quienes estén dispuestos a aceptarlo y, si bien ello puede operar inicialmente contra la voluntad de las personas, para que la institución persista, es preciso alcanzar un instante en que simplemente se acepte; lo que importa es que el estatus se ejecute, por decirlo de alguna forma, es decir, que al *representamen* se atribuya la significación prevista para él; conforme a ello, al que dio muerte y ha sido condenado, debe reconocerse como el que cometió el homicidio o, si se prefiere, como el asesino, para que dicho estatus opere; al que a cambio de un canon permite el disfrute de un bien inmueble, debe ser reconocido como el arrendador; al que no tiene que responder porque así lo dispuso un juez, como el absuelto; y así en general podríamos seguir citando innumerables situaciones ejemplificantes. En todo caso, el estatus opera siempre que el significado previsto para él a través de la institución que lo genera resulte socialmente identificado o identificable o, lo que es igual, reconocido en la persona sobre la cual ha operado su constitución.

Aceptar un estatus conlleva generalizar la aceptación de un significado, en consecuencia, se debe verificar que “para una generalidad significa lo mismo”, no a partir de la idea del consenso, sino de la confianza en la capacidad de todos para

.....
15 Oportunamente se verá que se trata de lo que Bourdieu llamó *habitus*. *Espacio Social y Poder Simbólico*. Editorial Gedisa. 1993.

16 Acerca de la especificación del contenido y por asociación, denotar y connotar respectivamente, véase Humberto Eco. *Tratado de Semiótica General*. Lumen. 2000. Cfr. Greimas A. Julien y Courtés J. *Semiótica. Diccionario Razonado de la Teoría del Lenguaje*. Editorial Gredos. 1991.

17 Cfr. Blumer, Ob. Cit. supra, Interaccionismo...

que interpreten lo mismo, o al menos, algo significativamente similar. De ahí se desprende que el derecho, como institución, descansa en dos tipos de confianza. La primera consiste en que las personas crean que la institución es ciertamente esa institución, por ejemplo, que la institución del secuestro es un delito que consiste en suprimir la libertad de una persona en forma no lícita. Por otro lado, se confía en la capacidad de las personas para creer en el estatus, lo cual significa que se admite la existencia de la capacidad que se tiene para atribuir el estatus cuando se dan las condiciones que la institución ha tomado en consideración para otorgarlo. Que el que comete un delito sea reconocido como delincuente, o el que incumple una obligación sea reconocido como deudor, por ejemplo¹⁸.

Si la institución jurídica se construye sobre la base de la confianza en que los actores sociales la apropiarán, podemos concretar que la estructura toma un hecho bruto para hacerlo significar algo, pero para que ello acontezca se precisa que las personas crean en que el hecho bruto estimado en la institución genera el estatus que la institución tiene por cometido generar, como ocurre con el instituto jurídico del hurto, el cual precisa que las personas interpreten como delito el hecho (bruto) consistente en que alguien se apropie de un bien mueble ajeno. Obsérvese que a esta intención subyace una confianza esencial cuya función consiste en subtender la institución con la realidad social: es preciso partir de la capacidad de las personas consistente en poder concursar en el proceso social en que consiste la institución, por ejemplo, reconociendo el estatus que se asigna mediante la institución a la persona que realizó la condición o hecho bruto que condiciona su asignación. Así, la institución jurídica de la tributación parte de la base de que las personas bajo las condiciones previstas se experimenten como contribuyentes, y aunque ignoren lo que es eso en rigor, se sientan obligados frente al Estado, tanto que si optan por no cancelar sus impuestos, actúan como evasores y que ello les trae consecuencias adversas que para no sufrirlas tendrán que burlarlas.

Ciertamente, la institución o estructura social se construye con base en el ejercicio de ella misma, a la manera como funciona el juego, del cual están llamados a participar todos aquellos que no se hallen excluidos. Y el juego origina la creencia según la cual los jugadores pueden jugar o aprender a hacerlo. Otro ejemplo puede señalar que para lograr el funcionamiento de la institución jurídica

18 La intencionalidad colectiva se basa en la aceptación de un nivel normativo al cual se somete voluntariamente o no.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

del homicidio, las personas deben poder experimentarse como homicidas cuando interrumpen la vida de otra persona, así como catalogar de ladrón a quien se apropia de cosa mueble ajena, con todo lo que la experiencia personal y la ajena conllevan, probables denuncias, confesiones, procesamientos criminales, etcétera.

Las instituciones jurídicas participan desde sus mismas entrañas de esta confianza en la capacidad de las personas para ejercer la institución; ello se debe a que es preciso involucrar a la sociedad en su propia práctica, pues la estructura funciona a condición de que la sociedad crea que la institución es lo que pretende ser.

El derecho, ciertamente, se ha ocupado de la capacidad de las personas, empero, desde una perspectiva dogmática, tomando cierta distancia de ella misma, y derivando más institutos jurídicos como la teoría del error, la proscripción de la ignorancia de la ley como fuente de responsabilidad, la comprensión misma del conocimiento y la voluntad como componentes inevitables del dolo, en fin, la imputación subjetiva, en general. Es preciso advertir que no es esta versión de la capacidad el objeto del planteamiento sociojurídico que se intenta sino, por el contrario, algo que acentúa otro aspecto de la capacidad y que se puede designar “trasfondo jurídico”, que por lo dicho hasta el momento es por sí una condición de existencia del derecho.

Contenido y práctica del trasfondo jurídico

Desde luego, llegados a este punto las explicaciones se reclaman con cierta urgencia. Para empezar, reconocemos que la creación de la institución jurídica supone necesariamente la capacidad de las personas para ejercerla, o jugar el juego social que se plantea a partir de ella. ¿En qué consiste esa capacidad si no se ha referido su asignación al campo jurídico como escenario que reclama un nivel de especialización que plantea una exclusión? Y, ¿por qué la suposición de su existencia es indispensable? Son las dos inquietudes cuyas respuestas se procuran a través de lo restante de la reflexión.

Ante todo, al ocuparse de la capacidad que se ha designado trasfondo jurídico, no se está haciendo referencia a la capacidad de las personas como condición de validez de sus actos. La perspectiva sociojurídica con que se aborda permite una definición formal, es decir, el trasfondo jurídico es la capacidad o conjunto de capacidades antepredicativas que hacen posibles los estados intencionales de función jurídica.

Ciertamente, se trata de capacidades antepredicativas, implicando que no son las posibilidades hermenéuticas disponibles en el intelecto de un intérprete, de las que se precisa para que la institución exista. A lo que se apunta es, antes bien, a la capacidad que se tiene para que el ser social experimente la institución como tal, sin que necesariamente se encuentre en condiciones de interpretarla. La institución de la obligación jurídica, por ejemplo, cuenta con que las personas puedan experimentarse atadas a otras bajo ciertas condiciones, es decir, que estimen el peso del deber satisfacer a su acreedor so pena de consecuencias que quiere evitarse. De ninguna manera es preciso que una persona conozca la definición de obligación derivada del derecho romano, o que pueda analizar los elementos de la misma y sus características, para que la obligación, como institución, exista. En cambio, sí es preciso que las personas puedan saberse sujetas a satisfacer un crédito cuando han aparecido las condiciones bajo las cuales alguien les puede exigir el cumplimiento.

Se trata de estados, mentales si se quiere, completamente paralelos. Bajo uno de ellos, la persona es un técnico dentro del campo jurídico y, en virtud de ello, puede entender el contenido de una construcción compleja, que demanda ciertos conocimientos para decodificarla, para lo cual habrá de vérselas, seguramente, con la definición justiniana y sus elementos. También, probablemente, el técnico en derecho se las ingeniará para resolverse frente a la posibilidad de encontrar coincidencias o distancias de la teoría de las obligaciones entre códigos civiles de cualquier nación y el Code francés, pudiendo incluso formular comparaciones de distintos sistemas normativos y derivar conclusiones acerca de la científicidad de la institución. Pero este estado de la conciencia jurídica no interesa, al menos, como condición de permanencia de las instituciones jurídicas.

El otro estado ya no es de conciencia, por ello es en sí mismo una experiencia antepredicativa, en la medida que no demanda ser consciente de la orientación intencional que subyace a la institución, por lo que no demanda información técnica alguna, sino que se experimenta como condición preliminar del ser social, conforme con la cual puede vivenciar el hallarse en condición de obligado y comportarse conforme a ello. Como es un dato experimental, puede vivirlo como tragedia, azar, bienaventuranza, o cualquier otra forma psicológica de sensación; pero siempre y por ello mismo, la certeza de tener que comportarse de determinada forma o producir determinado efecto. Si se carece de tal capacidad, no es probable la institución de la obligación jurídica.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico•

La misma reflexión puede plantearse respecto de cualquier otra estructura jurídica, como el delito, pues si no existe la capacidad de ser homicida catalogarse y comportarse como tal no tendría ninguna posibilidad de permanencia la institución del homicidio. Pero ello es muy distinto a la capacidad de interpretar el tipo penal del homicidio y sus consecuencias. Aquel estado no plantea reclamos de conocimiento tales que hagan presente a la consciencia el estado intencional bajo el cual surgió la institución. El segundo sí lo exige, aun cuando no se alcance a plenitud o realidad, lo que quiso hacerse a través de la institución.

Desde luego, si bien en tanto antepredicativa no reclama conocimientos ni destrezas técnicas, sí existe la necesidad de poder asociar los hechos, las situaciones o las personas, dentro de un universo de significación institucional. Se sabe que la percepción no opera sino en un horizonte de sentido, de lo contrario lo que sucederá es la apercepción del fenómeno. Las cosas, los actos, los sucesos, deben poder significar algo para que puedan ser percibidos como se quiere a través de la institución que se perciba. Al respecto, recuérdese el contraste que plantea Mark Twain entre las experiencias de Theodor Fischer y Satanás, en *El Misterioso Extranjero*, cuando este aplasta hasta quitarles la vida a las criaturas humanas en miniatura. Fischer, quien se estremece ante la crueldad e indolencia de Satanás, lo experimenta horrorosamente como asesinatos inmisericordes; mientras que Satanás no, y por ello mismo lo hace “casi sin darse cuenta”. Los dos aprecian el mismo hecho desde universos significativos completamente paralelos: para Satanás, no es apenas algo distinto que aplastar un insecto, pero para Fischer se trata de un genocidio.

La institución no opera sino a condición de un universo de significación preexistente, que garantice la posibilidad que consiste en que las personas experimenten los hechos propios y ajenos, de una forma compatible con el significado que ha querido dárseles a través de la institución, en el proceso de construcción social de la realidad.

Además, es preciso observar ahora, conforme lo indica la definición de trasfondo jurídico, que a través de la estructura se procura establecer la práctica de

una función jurídica¹⁹. Por función jurídica se entiende aquí la configuración de las condiciones bajo las cuales se producen los efectos que se pueden catalogar de jurídicos; estos son los que impone la creencia según la cual, dadas las circunstancias necesarias, puede operar de manera incuestionable cierto tipo de coacción, cierto tipo de castigo, el sometimiento a ciertas autoridades, la enervación de determinadas competencias, etcétera²⁰.

De manera que la “magia” de la institución jurídica está dada por el hecho consistente en que las personas denotarán y connotarán un fenómeno social, dentro de un universo de significación jurídica, en que los hechos, las personas y las cosas, a través de la institución, adquieren determinada significación. Serán para él lo que la institución ha previsto que sean. Así, la institución del delito de terrorismo, por citar un ejemplo en boga, conlleva que mediante actos como la activación de mecanismos idóneos para producir estragos se provoque la zozobra de la población o un sector de ella lo interprete como un crimen, que trae consecuencias como la posibilidad de que al autor lo procesen, lo condenen y lo castiguen, sin que tales actos puedan cuestionarse más allá de su ritualidad. Por nobles y comprensibles que, desde cierta perspectiva, puedan resultar tales acciones en determinadas circunstancias, serán interpretadas a partir de la

.....
19 Desde una perspectiva señaladamente sociojurídica, las características de “lo jurídico”, terminan por ser: a) relaciones entre personas o entre estas y cosas, b) unas y otras siempre respecto a otras personas, c) que implican poder de una respecto de otra, d) que dan lugar bajo ciertas condiciones al empleo de la fuerza en contra de la voluntad del sometido, e) la aceptación del alcance de las consecuencias, es decir, la creencia en el efecto performativo de la situación, aun cuando no haya sido manifiesto en una sentencia. Así, una cosa es saber que X realizó de niño una huida cobarde, o que perdió un juego, a que mató a Y, lo violó, le hurtó o le incumplió un contrato. Jurídico es pues un estatus que atribuye cierto tipo de función a un hecho; lo que inquieta es ¿de qué depende su asignación?

20 De ahí no encuentre en la característica de la coacción la distinción de una norma jurídica y otra que no lo es, por ejemplo, una deportiva, porque en ambas aparece un nivel coercitivo contextualmente verificable. Así, por ejemplo, durante una justa deportiva puede haber sanciones consistentes en la expulsión de un jugador, lo cual puede suceder, seguramente, contra su voluntad, y sometimiento físico. Pero no sucede que el jugador crea que de su falta o de su sanción surjan consecuencias diferentes a las contempladas en el reglamento deportivo, a no ser las presiones sociales que eventualmente aparezcan. Diferente a lo que sucede cuando una persona desatiende una obligación de dar, por ejemplo, el dinero que se comprometió a pagar a cambio de hacerse propietario de un bien, porque este seguramente creerá que el incumplimiento conllevará a que su acreedor pueda acudir ante una autoridad oficial, que permita actuar sobre sus bienes, que a partir de ello no le será, por lo menos durante algún tiempo, acceder a créditos, que los bancos lo rechazarán frente a cualquier tentativa contractual que los involucre, etcétera. Es, pues, la creencia en el surgimiento de cierto tipo de efectos lo que hace de una institución que sea jurídica.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico•

institución, dentro del universo de significación que provee el sentido de criminalidad, rechazo y castigo²¹.

Pero para que ello acontezca, no se demanda que deba ser un abogado experto en derecho criminal quien tenga la experiencia de *ser* un terrorista o señalar una persona o un acto de tal. Si fuera así, no sería muy probable que la institución funcionara, pues se confía en que las personas pueden hacer la identificación para efectos de las denuncias, delaciones, capturas operadas por policías, quienes no suelen ser profesionales del derecho, etcétera. Ni mucho menos se precisaría que el terrorista tuviese la suficiente formación e instrucción en derecho penal para poder señalar su acción como terrorista. Es distinto, naturalmente, que el espacio judicial al que se somete la situación sea manejado únicamente por expertos, aspecto que habrá de analizarse oportunamente.

En otras partes se ha designado el trasfondo jurídico como “instinto de juridicidad” o “instinto de justicia”, significando con ello que el derecho es al cabo, parafraseando a Merleau Ponty, una forma de “ser del mundo”. Esta idea lo que compromete es que las personas en su experiencia de individuación se dirigen al mundo para convertirlo en algo propio, conquistarlo, si se prefiere, para lo cual lo aprehenden apropiándolo a su vida e integrándolo a ella de manera que su individualidad y la del universo llegan a confundirse. Para el filósofo francés, al analizar la fenomenología de la percepción, el ser que percibe asume tal condición aun cuando se perciba a sí mismo, y ejemplifica su idea exponiendo que cuando se palpa una mano con la otra, la conciencia a través de la primera asume la condición de medio perceptor, mientras que a través de la segunda se experimenta el roce de la primera mano como una sensación de caricia o tocamiento en general. A través de la primera, se están percibiendo las características de la piel humana de una mano; por medio de la segunda se está experimentando la sensación de ser tocada la piel de la mano. Así se quiso mostrar cómo el sujeto que percibe se dirige al mundo desde cierta posición, pero lo hace con un fin, y dentro de un universo de sentido, porque algo debe significarle la experiencia de

.....
21 Recientemente en Colombia se procesó a un hombre que sometió en vuelo a la tripulación de una aeronave con pasajeros a bordo, utilizando elementos bélicos como granadas y explosivos. Esta persona fue condenada penalmente por un delito contra la seguridad pública, de cuya naturaleza participa precisamente el terrorismo en el cuerpo penal adjetivo, pese a que se trataba de un hombre parapléjico cuya intención fue llamar la atención de las autoridades nacionales para que le cancelaran la pensión que había obtenido tras sufrir graves enfermedades producto de su servicio en las fuerzas armadas del Estado.

la percepción, y la ubica dentro de su construcción propia del mundo, para que la experiencia le sea algo²².

La experiencia que tiene el individuo de las instituciones jurídicas, vista desde su capacidad de trasfondo, es la pretensión natural que tiene de imprimirle cierto orden al mundo social en el acto de aprehenderlo, es una de las formas como se involucra con él, lo hace propio, lo ordena para sí mismo. Luego, no puede ser una capacidad exclusiva de los expertos en derecho, sino la condición humana de vivir como ciudadano del mundo.

Se ha optado por la denominación “trasfondo”, tomando el término de la exposición de Searle, quien la refiere a propósito de una condición detectada en la filosofía del lenguaje para que este sea posible. Ciertamente, la comunicación mediante el ejercicio de una lengua se basa en el complejo de capacidades de los agentes comunicativos, a partir de las cuales puedan emplear los signos y decodificarlos conforme a una misma significación. Se plantea, por ejemplo, que la palabra “cortar” puede emplearse de formas disímiles, como “cortar el césped”, “cortar la torta” o “cortar el brazo”, pero su utilización contextual demanda por parte de los hablantes que admitan la capacidad mutua de entender lo que ha querido significarse al hacer uso de ella.

Es interesante que cuando Searle refirió su teoría del trasfondo, advirtió que llamaba así a lo que Bourdieu había designado “habitus”²³. Y, curiosamente, los

22 Si bien el filósofo francés la refirió ampliamente en *Fenomenología de La Percepción*. Editorial Planeta Agostini. 1984, sus primeros desarrollos surgieron en *La Estructura del Comportamiento*. Editorial Hachette. 1957.

23 Al menos en dos oportunidades Searle lo ha expuesto: en *El Redescubrimiento de la Mente, (Crítica)* Grijalbo Mondadori. 1996. Páginas 183-198. Y en el texto ya en cita *La Construcción de la Realidad Social: La discusión que propongo en torno al trasfondo está relacionada con otras discusiones de la filosofía contemporánea*. Creo que buena parte del trabajo del último Wittgenstein versa sobre lo que llamo el trasfondo. Y si lo entiendo correctamente, el importante trabajo de Pierre Bourdieu sobre el “hábito” versa sobre el mismo tipo de fenómenos que yo llamo el trasfondo (página 143).

De cualquier forma, ya ha habido oportunidad de reconocer que “El concepto no es para nada novedoso, Kaufman, siguiendo a Radbruch y a Hassimer, lo identifica como “sentimiento del derecho” y recuerda que Radbruch lo asocia como una especie de “precomprensión”. Véase, Arthur Kaufman. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado. 1999. de Página 126. Ciertamente es un presupuesto epistemológico con que Kaufman sostiene el carácter híbrido del derecho como ciencia y arte al tiempo. Cfr. Gustav Radbruch. *Filosofía del Derecho*. Madrid, *Revista de Derecho Privado*. 1952.

Recuérdese que Dworkin admite la existencia de “un sentido de la justicia” o “equilibrio reflexivo”. Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Ariel. 1995. Página 243. Aun cuando lo tramita como intuicionismo moral, en tanto presupuesto del modelo constructivo y, la convicción, como su prerrequisito. Cfr. John Rawls. *La Justicia como Equidad. Una reformulación*. Paidós 2002. Páginas 55 y ss. En contra Norberto Bobbio, en *El Positivismo Jurídico*. Debate. 1998.

Por último, aunque sé que debió mencionarse en primer lugar, tal vez haya sido Nietzsche, el primero en aproximarse a esta idea, a través de lo que llamó “virtudes inconscientes”. Federico Guillermo Nietzsche. *La Gaya Ciencia*. Edicomunicación S.A. 1985”. Manuel Fernando Moya Vargas, Ob. Cit. supra, *Los fallos penales...*

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico•

dos lo pensaron respecto del lenguaje, de hecho, Bourdieu habló inicialmente de habitus lingüístico²⁴. Así, parece tratarse de la misma categoría, si se piensa que para el sociólogo el habitus consiste en la capacidad de percibir los acontecimientos de cierta de forma; si es fruto de los condicionamientos, esa cierta forma de percibir surge de un horizonte institucional de significación, a partir de los cuales es probable el sostenimiento o ejercicio de una institución o, lo que es igual, su práctica²⁵. El habitus es una forma

particularmente ejemplar del sentido práctico como ajuste anticipado a las exigencias de un campo; lo que el lenguaje deportivo llama el ‘sentido del juego’ (como sentido de la colocación, arte de anticipar, etc.) da una idea suficientemente exacta del encuentro cuasi milagroso entre el *habitus* y un campo, entre la historia incorporada y la historia objetivada, que hace posible la anticipación cuasi perfecta del porvenir inscrito en todas las configuraciones concretas de un espacio de juego²⁶.

Tanto el filósofo como el sociólogo identificaron como características del trasfondo los efectos adaptativos y generativos, aun cuando para Bourdieu la utilidad de la noción de habitus pareciera acentuar el primer aspecto, tomada “[...] como sistema de esquemas adquiridos que funcionan en estado práctico como categorías de percepción y de apreciación o como principios de clasificación al mismo tiempo que como principios organizadores de la acción, era constituir al agente social en su verdad de operador práctico de construcción de objetos”²⁷. La verdad es que terminó otorgándole tanta importancia al efecto adaptativo desprendido del habitus como a la aptitud estructurante de las estructuras que lo desatan²⁸.

.....
24 Ib. *Sociología y...* Página 143.

25 Habitus es “un producto de los condicionamientos, para someterlos a una transformación; es una especie de máquina transformadora que hace que ‘reproduzcamos’ las condiciones sociales de nuestra propia producción, pero de manera relativamente imprevisible, de manera tal, que no se puede pasar sencilla y mecánicamente del conocimiento de las condiciones de producción al conocimiento de los productos”. Pierre Bourdieu. *Sociología y Cultura*. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. Grijalbo. 1990. Página 155.

26 Pierre Bourdieu. *El Sentido Práctico*. Taurus Humanidades. 1991. Página 113.

27 Pierre Bourdieu. *Cosas Dichas*. Gedisa. 1988. Página 21.

28 “(...) Un sistema de disposiciones durables y transferibles –estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes– que integran todas las experiencias pasadas y funciona a cada momento como matriz estructurante de las percepciones, las apreciaciones y las acciones de los agentes cara a una coyuntura o acontecimiento y que él contribuye a producir”. Pierre Bourdieu. *La Distinción. Crítica social del juicio*. Altea Taurus/Alfaguara. 1988. Página 54.

Podríamos sintetizar que el trasfondo o habitus es una capacidad que se desata a propósito de las instituciones, así como la percepción es una capacidad que se desata a propósito de los estímulos sensoriales. Como no es probable la experiencia sensorial sin la capacidad que es la percepción, tampoco es viable una estructura sin la capacidad de experimentarla, como es el trasfondo o habitus.

Desde luego, Bourdieu verificó la existencia del habitus a propósito de las instituciones jurídicas, cuando observó que en Kabilia el derecho atendía a la práctica sucesiva de veredictos, antes que a principios explícitos, objetivados y por ello mismo codificados, producidos por un ejercicio práctico del sentido de justicia²⁹. Sin embargo, como se anunció arriba, existe una particularidad en esta visión, si se quiere anticipada, en que el sociólogo parece asociar los conceptos de campo jurídico y espacio judicial.

Por una parte, es incuestionable la existencia del campo jurídico, puesto que las líneas propias de lo que es el campo aparecen dentro de él en forma verificable, particularmente los habitus que hacen viable la permanencia social de las instituciones jurídicas. Aquí, el capital jurídico se percibe como apreciable dentro de ciertas interacciones que, por cierto, no son ejercidas necesariamente por o mediante especialistas. Pero de ello no podemos derivar que el campo jurídico sea el mismo espacio judicial; este se halla inscrito en aquel, pero no creemos que puedan confundirse.

Sin embargo, Bourdieu parece asociarlos cual si se tratase de la misma categoría, pues en *La Fuerza del Derecho* refiere los capitales disputados y las disputas, así como el juego mismo que propone el campo, tanto como los habitus cuyo desarrollo invade a los agentes en acción. No obstante, al abordar directamente el monopolio descubre el “espacio judicial” como aquel que demarca una frontera entre legos y profesionales del derecho y funciona como espacio neutral, de neutralización. Enseguida nuevamente refiere un “campo judicial” como el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto entre partes adversas que actúan representadas por profesionales jurídicos. Retoma el concepto de “campo jurídico” indicando que su constitución es un principio de constitución de la realidad, y que resulta inseparable de la instauración del

.....
29 Ob. Cit. supra, *Cosas...* página 84.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

monopolio profesional de los abogados. Incluso habla de subcampos jurídicos al constatar ciertas tendencias a conformar instancias especializadas de servicios jurídicos³⁰, aun cuando en otras ocasiones sostiene claramente el paralelismo que se encuentra entre el espacio judicial y el campo jurídico³¹.

Como hubo lugar a explicarlo,

Se tiene que hay un espacio judicial y un campo jurídico, aquél técnico y excluyente por cuanto es donde el *ius* alcanza su grado sumo de consagración porque es ahí donde de hecho se opera la performación: un laboratorio de ingeniería de la verdad cuya técnica es el juego jurídico que juegan los agentes en pugna. El espacio judicial pasa por ser un lugar poco deseable, odioso pero necesario, temible e irrestricto, en permanente acecho de las personas, por ello lo experimentan como un peligro latente. Y ciertamente es peligroso porque opera siempre la tensión que ofrece la realización y la irrealización: una versión que se reafirma sobre otra que se niega, independientemente de la justicia material que asista a la decisión [...] En cambio, el campo jurídico se ofrece noble y deseable, una fuente de creación perpetua en que si bien existe una cierta especialidad, al menos cuanto tiene relación con la declaración formal de las reglas, el profesionalismo en que se funda no es del corte taxativo y excluyente del espacio judicial. Aquel se basa en el sentido de justicia o de juridicidad, haber de cualquier ser humano en cuanto compromete su visión de la sociedad, entendida como el trasfondo en que el individuo se hace manifiesto, de ahí la opacidad que le propone la soledad, el lugar donde se opera la persona, es decir, el sujeto en relación con el otro, el campo fértil, único por demás, en que el individuo desarrolla sus alternativas y sus potencialidades, entre ellas constituir las resoluciones que implica la satisfacción coincidente de aspiraciones múltiples. Tal la dinámica de la vida de relación³².

.....
30 Así se pudo constatar en la investigación sobre los fallos penales por inasistencia alimentaria en Colombia.

31 "En realidad, el establecimiento de un 'espacio judicial' implica la creación de una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental –y en particular de toda la posición lingüística– que supone la entrada en este espacio social. La constitución de una competencia propiamente jurídica, dominio técnico de un conocimiento sabio a menudo antinómico de las recomendaciones del sentido común, entraña la descalificación del sentido de equidad de los no especialistas y la revocación de su construcción espontánea de los hechos, de su "visión del asunto". La separación entre la visión vulgar del que va a ser justiciable, es decir, de un cliente, y la visión sabia del experto, juez, abogado, consejero jurídico, etc., no tiene nada de accidental: es constitutiva de una relación de poder que funda dos sistemas diferentes de presupuestos, de intenciones expresivas, en pocas palabras, de dos visiones del mundo. Esta separación, que es el fundamento de una desposesión, resulta del hecho de que, a través de la estructura misma del campo, y del sistema de principios de visión y de división que se inscribe en su ley fundamental, de su constitución, se impone un sistema de exigencias cuyo núcleo es la adopción de una posición comprensiva, patente especialmente en materia de lenguaje". Pierre Bourdieu – Guntz Teubner. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes (2000). Páginas 181-182.

32 Manuel Fernando Moya Vargas. *Los Fallos Penales por el Delito de Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007.

De tal distinción surge que el habitus o trasfondo jurídico es una condición de existencia de las estructuras jurídicas y, por ello mismo, es tanto en el espacio como en el campo judicial, si bien aparece al menos formalmente excluido del espacio, no así del campo, puesto que no sería probable sin él.

De manera que incluso los técnicos del derecho, quienes son los llamados a operar el espacio judicial, vivencian las instituciones jurídicas a través de sus habitus o trasfondo jurídico. Pero su formación técnica desafía dicho trasfondo, como quiera que el espacio judicial resulta marcadamente refractario a los habitus como fundamento de las decisiones judiciales, advertido que en los procesos se privilegia de manera significativa el saber jurídico especializado, con muy limitadas intervenciones del otro saber³³. Es así como se opera la exclusión que informa al espacio judicial de su carácter especialista, tanto que el lego accede a él, siempre que actúe a través de un técnico contratado o asignado por el estado. Incluso, la exclusión opera respecto del juez de conciencia, al hallarse sometido al especialista por antonomasia que es el juez de derecho, quien puede dejar sin efecto el veredicto invocando su contraevidencia; pero en manera alguna puede existir la figura contraria, es decir, el juez de conciencia contradiciendo al juez de derecho³⁴.

Otra razón que explica la exclusión es que si la institución jurídica es *intencional*, significando que aparece atendiendo propósitos específicos, aun cuando no sean reconocidos, y que la expresión sintáctica está vertida en normas cuyo conocimiento demanda la suficiente formación jurídica para hacerlo presente a la conciencia, es decir, interpretando, en función hermenéutica las disposiciones, es preciso que la finalidad de la estructura jurídica se encuentre confiada a los técnicos en derecho. En consecuencia, la labor interpretativa de las normas se opera predominantemente en el espacio judicial, a través de los actores especializados, quienes son los “elegidos” para la realización de los fines últimos de la estructura jurídica.

Por lo mismo, el trasfondo jurídico como capacidad natural es aquí trastocado, en cuanto el técnico ya no puede permitirse la asimilación de la institución con la espontaneidad con que lo hace fuera del espacio judicial, sino que debe poder

33 Tanto que lo hemos designado también como *alterius*.

34 En cambio, se sabe que en algún instante del derecho romano operaba la situación inversa, a través de lo que se conoce como *provocatio ad populum*, a través de la cual la decisión del magistrado podía perder vigencia frente a la decisión popular que así lo disponía. Cfr. Giovanni Pugliese. *Instituzioni di Diritto Romano*. Piccini 1986. Theodoro Mommsen. *Derecho Penal Romano*. Temis. 1999. Espitia Garzón Fabio. *Historia del Derecho Romano*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico•

argumentar apropiadamente sus manifestaciones relacionadas con la institución. Lo que de origen es instinto, debe ser ahora racionalizado, es decir, expresado de forma compatible con los fundamentos teóricos que subyacen a la estructura. En este punto pierde vigencia la bella descripción del derecho que hiciera Celso, porque ya no se puede permitir que siga siendo un arte; la expresión plástica de la comunión del hombre con el hombre cede a las exigencias socráticas de una ciencia que debe ser objetivamente sustentable. Seguramente, se evocará el oficio que fue ser jurista en la antigua Roma, el cual no se trataba, ciertamente, de una actividad científica aplicada con los rigores metodológicos de coherencia y fundamentación, sino de una labor artesanal que verificaba la extrema individuación de las experiencias conflictuales en la vida de relación experimentadas por el *cives*, y sin violentarla mediante argumentos científicos, la traducía al lenguaje de la sublimación artística de lo que debía ser siempre el norte de las resoluciones humanas dentro del universo social del imperio, así humanizaba el conflicto deshaciéndolo pacientemente hasta volverlo derecho práctico. De ahí que el jurisconsulto romano no haya precisado de abstracciones jurídicas, definiciones ni teorizaciones, de las cuales se ocuparían Justiniano y más centradamente la Escuela de Bolonia. Se habría operado en el derecho romano un fenómeno muy similar al que Nietzsche señaló respecto de la decadencia de la tragedia griega, cuyo arte sucumbió con la introducción de la racionalidad socrática apuntalada por Eurípides³⁵.

Si el técnico en derecho es el llamado a realizar los niveles intencionales subyacentes a la estructura jurídica, no se le puede permitir salirse de los límites metodológicos que garantizan unos efectos preconcebidos que se esperan de la institución. Pero sin embargo, la posibilidad de que su instinto de juridicidad se entevare sigue siendo probable, y qué puede ocurrir si ello acontece: son múltiples las probabilidades. En Colombia ocurrió, con ocasión de la creación del delito de amenazas, por ejemplo, que se dio inicio a un sinnúmero de procesos penales, aplicando la norma pero fuera de los límites intencionales del

.....
35 Para Nietzsche el valor artístico de la tragedia griega estaba dado por el movimiento de lo que designó arte dionisiaco hacia lo apolíneo. Una especie de trasmutación en donde el ser vivía la experiencia de la sublimación que conducía al escenario de los dioses, asegurada por la embriaguez y extrema sensualidad tuteladas por Dionisios, que ondulaba hacia lo terrenal nuevamente mediante la extrema individuación de la experiencia, esta vez guiada por Apolo. Véase *El Origen de la Tragedia a través del Espíritu de la Música*. Edicomunicaciones S.A. Tomo I. 1985.

legislador³⁶. En este caso, la Corte Suprema de Justicia intervino señalando que la intención del legislador no fue crear un tipo penal en que cupiera toda suerte de acto de amenazas, sino apenas aquellos casos en que las amenazas tuviesen fines terroristas.

Otra situación se viene presentando con el delito de incumplimiento alimentario, pero con características mucho más complejas³⁷. Este reato aparece señalado en Colombia como el segundo o tercer delito de más alta frecuencia en el país. Un trabajo de investigación arrojó, sin embargo, que pese al número de denuncias y sentencias condenatorias, no se puede saber si lo que arrojan las estadísticas es verídico, por cuanto se pudo constatar que los operadores del espacio judicial colombiano involucran dentro del delito situaciones que no corresponden con la descripción típica, sino que las acomodan porque estiman que el acto que juzgan es tan amenazador a sus ideas personales (no jurídicas) de lo que debe ser la familia que ello les permite imprimirle los efectos de la pena a personas que en rigor, y de frente a la institución penal del delito de inasistencia familiar por incumplimiento alimentario, no podían haber sido sancionadas.

Se considera en la investigación que, pese a la evidencia, la situación se sostiene por varios factores: por un lado el fenómeno detectado desde la época de Bonfante, según el cual las construcciones sociales sobre la familia son tan fuertes que permiten desligarse, incluso a los profesionales, de las normas legales que les contradicen sus convicciones. Por otro, el hecho de condenar un sinnúmero de personas como deudores alimenticios, sin saber si pueden serlo verdaderamente o no, genera un efecto funcional consistente en liberar al estado de su obligación constitucional de devenir a las necesidades alimentarias de la población, cuando las personas inicialmente llamadas a pagar en virtud legal se encuentran en improbabilidad de hacerlo.

Desde luego, entender un fenómeno como este, a partir de la práctica consistente en que los operadores judiciales se desentienden de los límites extensionales

36 Cuando a través del artículo 27 del Decreto Legislativo 180 de 1988, convertido en legislación permanente a través del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, se creó el delito de amenazas personales o familiares, se desató un número importante de denuncias por dicho delito. Sin embargo intervino la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para advertir mediante autos que definieron colisiones de competencia que dicho delito no consistía en lo que nudamente describía la norma, es decir, no se trataba de hacer manifestaciones amenazantes, sino que por esa vía además debía zozobrar a la población o a un sector de ella, pues esa fue la motivación plasmada en el decreto mencionado.

37 Así lo puso de manifiesto Germán Silva García en *Exploración Sociojurídica sobre el Delito de Inasistencia Alimentaria*. En *Teoría e Investigación en Sociología Jurídica*. Coordinador Gonzalo Cataño. Universidad Externado de Colombia. 2004.

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

que plantea el legislador en las instituciones jurídicas que crea, no puede lograrse sino a través de la noción esencial de habitus o trasfondo. Al prescindir de él, como ha sido costumbre en el medio colombiano, llevaría a conclusiones simplistas y poco útiles, tales como que el delito en cuestión tiene un impacto social grave dada su alta repetibilidad, limitándose a proponer la despenalización de la conducta, como si de esa forma se pudiese alcanzar un estado de bienestar social mejor, justo o deseable. Como puede apreciarse, la categoría del habitus o trasfondo jurídico permite orientar la investigación sociojurídica hacia lo que Husserl llamaría *sinngenesis* del derecho, es decir, hacia aquellos estados antepredicativos de conciencia que permiten la realización de las funciones jurídicas. El mismo Bourdieu advertía que prescindir del habitus permitía conclusiones desarraigadas de la realidad social, y la aceptación de conclusiones meramente estadísticas, desprovistas de las bases ónticas que subyacen a los fenómenos sociales.

Por demás, el habitus o trasfondo es lo que subtiende las instituciones con su ejercicio social, por cuanto descubre cómo las personas experimentan la estructura jurídica. De otra forma, persistiría la tendencia a agotar el análisis de las instituciones, en los niveles cerrados que el tecnicismo científico provee, no por capricho de las instituciones, sino por el preconceito que señala al derecho como una ciencia operada exclusivamente por sus técnicos. El abandono de este preconceito, a la manera como lo recomendó Durkheim, permite descubrir las formas como se articulan las prácticas sociales con las instituciones jurídicas, y saber qué significación social tienen, hasta dónde la información de los técnicos se apoya en realidades sociales, qué efectos funcionales se producen desde el espacio judicial y, en fin, cuáles son los límites auténticos del campo jurídico³⁸.

La transvaloración aplicada al espacio judicial

La fenomenología ha proveído herramientas extraordinarias para la comprensión de esta categoría, como las formuladas por Husserl y Merleau, para quienes todo

.....
38 Acerca de la perspectiva de la investigación sociojurídica, su rigor científico y el estado en que se halla, véase, Germán Silva García. *Sobre el Objeto, Las Fuentes y el Oficio de la Sociología Jurídica Desde una Perspectiva Interdisciplinaria*.

Acerca del descubrimiento del campo y los habitus jurídicos, del mismo autor puede consultarse *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. V.I. La profesión jurídica. V.II. Las prácticas jurídicas. V.III. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia. 2001.

fenómeno se ofrece a la conciencia con dos contenidos inmanentes: el *noema* y la *noesis*. En realidad, se trata de dos conceptos tomados de la filosofía griega a partir de los cuales se explica que a nivel noético (noesis) los fenómenos le son dados al hombre conforme a ciertas características inherentes, las cuales no pueden ser desconocidas en cuanto le son impuestas, es aquello respecto de lo cual no puede hacer nada más que aceptar o rechazar por ser lo que es. Se trata precisamente de lo que la filosofía del lenguaje llamaría “hechos brutos”.

Mientras que noemáticamente (noema) los fenómenos aparecen ante el ser informadas de cierta significación, cuyo contenido se desprende del horizonte de sentido en que le ha sido presentado, o ha permitido hacerse presente a su conciencia. Corresponde a lo que en la actualidad se reconoce como “construcción social de la realidad”, en la medida en que la atribución de sentido se opera socialmente, es decir, se interpretan los fenómenos conforme a las creencias que subyacen a las culturas, las mismas que permiten compartir sentido o significación.

En realidad, los fenómenos surgen impregnados de su noesis, y ello no depende del perceptor, en cuanto resultan ser epistemológicamente objetivas. Mientras que el noema de los fenómenos puede adquirir múltiples contenidos semánticos, a causa de la multiplicidad de horizontes de sentido probables en su presentación o actualización de la conciencia.

Los dos, el nivel noético y el noemático, son inmanentes al fenómeno, por lo cual su expresión acontece como unidad, pues tal condición resulta ser un presupuesto indispensable para que sea posible su percepción. Las cosas son dadas al hombre de cierta forma, el hombre se acerca a ellas ya dadas, no hace parte del nivel constituyente sino del constituido. En tanto, esas mismas cosas no aparecen carentes de significado; a falta del mismo resultan desapercibidas y ese significado, es decir, esa información que incorporan, hace parte del nivel constituyente, porque en este estadio de la experiencia la conciencia del perceptor se actualiza, lo cual no puede suceder de forma “neutra”, por así decirlo, sino que dentro del contexto en que se ofrece se le asigna un sentido, una función semántica.

Los dos aspectos se reclaman interdependientes puesto que la información es dada de alguna forma que hace que sea esa y no otra. En tanto, ninguna información alcanza a ser tal si no exige al perceptor interpretarla conforme a una serie de contenidos de significación, que ya no dependen de la cosa o el fenómeno, sino del sujeto que percibe. Se trata de la forma como lo hace, en últimas, como lo

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

puede hacer. Así sucede con todos los fenómenos y entre ellos se encuentran las instituciones y, entre estas, desde luego, las jurídicas.

Precisamente, el proceso penal es una estructura que aparece dada al ser social de cierta forma, y este hace un cierto uso de ella conforme a la decodificación que opera sobre la misma. Así, el llamado sistema acusatorio condensado en la Ley 906 de 2004 ha sido introducido en el espacio judicial colombiano con un cierto contenido que no puede modificarse, pero el operador del campo jurídico le imprime un cierto significado para hacer uso del método y el discurso provenientes del juego judicial.

La noesis del proceso penal está dada por la ley; esa es la parte inmodificable del fenómeno³⁹, es decir, es lo que no admite ser modulado, significando con ello el contenido sintáctico de la expresión del fenómeno. A partir de ella es que se hacen posibles los procesos de asignación de sentido a cada una de las disposiciones que la integran. Por esta misma razón el esfuerzo inicial del proceso de investigación se cifró en establecer ese nivel.

Lo que ahora quiere descubrirse es el segundo, o nivel noético, porque es el que informa la manera como se está haciendo uso de la norma, que es justamente lo que hemos llamado individuación, precisamente porque el país se encuentra en pleno estado de apropiación inicial del modelo de enjuiciamiento. Y la particularidad proviene justamente del hecho consistente en que al involucrar valoraciones y contenidos axiológico-procesales no necesariamente coincidentes con la ortodoxia procesal penal del país, compromete una transvaluación propiamente dicha del enjuiciamiento criminal.

Este contraste podemos concienciarlo con un ejemplo. Si pensamos en una acción cuya información primordial es el acto de transfigurar el cuerpo de otro con un elemento apto para ingresar más allá de la piel. No tenemos hasta el momento más información que la forma como un acto ha sido dado a la conciencia. Empero, tal información reclama, para completar, por así decirlo, la percepción de que tal acto signifique algo. Puede ser un asesinato, un acto de piedad, un error, un accidente, una cura medicinal, en fin, algo debe significarle el perceptor para que lo fije en su conciencia.

.....
39 Como debe ser ya advertido por el lector, el concepto de "fenómeno" es utilizado aquí en el sentido de Edmundo Husserl, esto es, todo aquello que se ofrece a la conciencia a dos niveles: lo constituido o nivel noético y lo constituyente o nivel noemático.

Siguiendo con el mismo ejemplo, tenemos un cuerpo humano que ha sido herido. Tal acontecimiento, como hecho bruto, no puede ser socialmente valorado en el espacio judicial si no admite *ab origine* al menos dos probables asignaciones de sentido contrapuestas: un delito o un no delito. Desde luego hay otras posibles, como un delito de características específicas frente a una hipótesis que informa un delito de otras características.

¿Cómo lo pensaría un fiscal en el esquema de la Ley 600 de 2000? Se preguntaría si el hecho existió, si habiendo existido es típico y, habiendo un autor conocido, si está exento de causales que excluyan su responsabilidad, fuera, claro está, de la viabilidad del ejercicio de la acción penal, naturalmente, pensando en una sentencia conforme a su entendimiento, es decir, condenatoria, tendrá que sustentar la acusación ante el juez, quien a su vez decidirá conforme estime que debe condenar o absolver por las razones jurídicas y probatorias que lo asistan. De cualquier forma, si bien la sentencia tiene que ser sustentada, la persuasión del juez depende de sí mismo.

A su turno, el defensor conforme a la misma perspectiva se ocuparía de reclamar del fiscal o del juez, según el instante procesal correspondiente, la práctica de pruebas que considere pertinentes a la defensa de la persona procesada, buscando que el juez no se persuada de la responsabilidad del procesado.

Mientras que en términos apropiados al esquema procesal de la Ley 906 de 2004, ciertamente el fiscal tiene que formularse inquietudes jurídicas semejantes, pero además y de manera igualmente determinante, tiene que ponderar las posibilidades reales que tiene de persuadir al juez. Es decir, importando menos que ciertamente el procesado incurrió en una conducta típica respecto de la cual no se encuentra a salvo su responsabilidad, se tiene que inquietar acerca de las posibilidades reales con que cuenta para inducir en ese sentido el juicio del juez.

Por su parte, el defensor se inquieta de similar forma. Si mantienen una defensa afirmativa, indagará por las posibilidades reales que tiene de incidir en el juicio del juez. O, al menos, sobre las condiciones del fiscal para lograr o no lograr su cometido.

Esta visión del proceso es por sí misma crítica, en consideración a que subyace una tradición secular que tiende a la reafirmación del criterio surgido a propósito del esquema procesal típico de la Ley 600 de 2000, conforme con el cual la construcción social que sucede a través del proceso se origina en el juez y se

•La transvaloración como categoría de análisis semiojurídico.

despliega hacia las partes. Pero la transvaloración involucrada no se contrae a esta manifestación, pues se proyecta sobre otros aspectos. En efecto, el modelo de enjuiciamiento propuesto a través de la Ley 906 de 2004 conlleva que los actores judiciales, particularmente el fiscal y el defensor, deben tramitar la construcción social que se propusieron en el espacio judicial. Y ese espacio es típicamente behaviorista, tan escandalosamente normativo que por razonada, acaso real y verídica, que sea su teoría del caso, el desconocimiento del juego judicial mediante el ejercicio de la litigación opuesto a las reglas da al traste con la pretensión, en la medida en que la construcción social de la realidad se origina, ya no en el juez, sino en la sustentación teórico-práctica de las pretensiones enfrentadas, lo cual involucra la cimentación técnico-probatoria de la teoría del caso.

En este momento se hace indispensable volver sobre la idea de la teoría del caso para contribuir en la provisión de herramientas de entendimiento de los resultados del trabajo de campo desarrollado.

El hecho del cual se ocupa un proceso penal es un elemento necesario dentro del juego judicial que se opera en el espacio social que es el proceso penal. Siendo inmanente al proceso, resultaría asistemático pretender su separación. En cuanto típico, el hecho es necesariamente institucional y portador de estatus, así que tiene dos contenidos: uno de orden sintáctico y otro de naturaleza semántica. Pero sin embargo, el proceso mismo es el medio por el cual se fija un sentido, es decir, se le imprime significación al hecho.

En efecto, el espacio judicial adquiere en cierto modo el hecho bruto que somete a su performación, la cual demanda la existencia de al menos dos propósitos de fijación semántica. En términos procesales, la postulación de las pretensiones constituye el empeño de las partes por institucionalizar un significado de un hecho. Podría objetarse, sin embargo, que cuando no existe ese enfrentamiento no hay proceso, y siendo que en todo caso lo hay, no inquieta mayormente en la medida que el proceso es un medio social de construcción de sentido y el que no exista una disputa no significa que el hecho no se preste a la misma, aun cuando no se propongan los contendientes dar al traste con la pretensión de su rival procesal.

Significa lo anterior que existe un reclamo *lógico* para que pueda existir proceso, el cual consiste precisamente en que exista un conflicto o al menos pueda existir; siempre y cuando dicho conflicto se haga manifiesto en pretensiones que en mayor o menor medida resultan incompatibles. Se dice que es este un reclamo

lógico por cuanto a falta de confrontación el juez no estaría llamado a resolver absolutamente nada, luego si la sentencia es el mecanismo social de resolución de conflictos judiciales, es preciso que el conflicto o bien exista o bien pueda existir.

Desde este punto de vista, es preciso que el conflicto pueda plantearse como diálogo procesal, esto es, en términos de una pretensión y una posición respecto de la misma. Ello explica por qué en rigor el proceso se constituye en el momento en que existe acusación, es decir, a partir del instante procesal en que se extiende una pretensión contestable.

A diferencia de un juego de azar, deportivo o similar, y es esto lo que realmente diferencia el juego judicial de cualquier otro, aquí el conflicto tiene que plantearse como diálogo en sentido platónico, por ello mismo el proceso es en la actualidad el summum de la ritualización de la venganza privada. En tanto diálogo, espeta a las partes para que tomen situación del proceso, no se trata de una simple “toma de posición”, sino de una asunción actuada del juego procesal, en que se involucra hasta fundirse dentro de él, es decir, se hace él mismo elemento del proceso, tanto que sin él no es posible el juego procesal. Siendo así, el actor judicial que postula pretensiones demanda, como condición del juego, el poder negar al otro mediante la reafirmación de su pretensión, así no lo logre; lo que se precisa es que esa posibilidad sea potencial, puesto que si de entrada una hipótesis surgiera sobrepuesta respecto de la otra, sencillamente no habría diálogo procesal.

Entonces, el proceso es posible a condición de que las partes dispongan del poder autoafirmarse mediante la negación de la pretensión opuesta. Y se insiste que es una potencialidad que implica libertad dentro de la estructura procesal, puesto que valen también los allanamientos a las pretensiones, las confesiones, etcétera.

Si cada parte puede “hacer presa”, como lo dijera Merleau Ponty, del proceso, debe poder hacerlo de alguna forma seleccionada por él, porque si no fuera así, se insiste, no podría haber diálogo y por consiguiente tampoco proceso. Ese hacer presa del proceso, desde luego, es reglado, entendiendo que la forma como la parte se haga tal dentro del proceso le compete a cada uno, pero la forma como ejerza su rol se encuentra previamente delimitada, así como el jugador de póquer tiene libertad de escoger su estrategia, pero debe observar ciertas reglas para que su ejercicio resulte legítimo, esto es, institucional.

Esa libertad ponderada al actuarse constituye propiamente la teoría del caso, esto es, la consolidación de dicha libertad.

Podríamos proponer una definición filosófica al sostener que la teoría del caso es la toma de situación que opera cada una de las partes respecto del proceso, tomado como medio de construcción social de la realidad judicial.

Esa construcción social de la realidad no se realiza con independencia del tipo de proceso. Para efectos judiciales, los procesamientos se encuentran cargados de un contenido inmanente de significación, el cual informa a la actuación procesal no solo acerca de la manera como está llamada a constituirse la verdad judicial, sino que sujeta a las partes, y en general a los actores judiciales, a unas reglas inherentes al modelo procesal, y por ello la litigación en uno u otro esquema resulta sustancialmente diferente. Ello desmiente decididamente que el objetivo de la justicia torne indiferente la manera de obtenerla. La verdad es que la justicia hace parte de lo constituyente, por eso no es objeto de descubrimiento; es objeto de declaración.

En efecto, es viable una reconstrucción histórica de la ley que introdujo en Colombia el llamado sistema acusatorio, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004. Tal modificación implicó el abandono un tanto inusitado de la tradición milenaria del tipo de procedimiento napoleónico que había venido modulando la administración de justicia penal. Cuando se introdujo la modificación se invocó la disfuncionalidad del igualmente llamado sistema mixto, ya que en términos de impunidad, duración de los procesos y calidad de las decisiones judiciales, se estaba bastante lejos de realizar los principios de la administración de justicia y, mucho más lejos aún de los valores del Estado colombiano.

Se ha criticado que la reforma resultó inopinada, en cuanto no se dispuso de los estudios sociojurídicos necesarios que le dieran una base a los legisladores para concebir un tipo de proceso que superara dicha disfunción. De hecho, se achacó al proceso de la Ley 600 de 2000 ser la causa del caos judicial de la justicia penal en el país. Lo cierto es que en las condiciones en que se operó la reforma, se ignoraba por completo, como se sigue ignorando a la fecha, científicamente qué fue lo que falló de ese modelo de enjuiciamiento, sin que pueda establecerse si la disfunción provino de las prácticas judiciales desatadas, si fueron los operadores judiciales los que mal operaron, si el esquema procesal resultaba incompatible con las prácticas sociales con que se articula, si la ley estaba mal

estructurada, en fin, se propuso que el modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial constituía una solución a un problema sin diagnóstico⁴⁰.

Desde el punto de vista probatorio se logró realizar un avance importante de estudio, el cual terminó por descubrir un fenómeno social de la administración de justicia penal en Colombia, que demostró cómo a partir de una forma concreta de manejo de la prueba los jueces penales modulan en Colombia la parte especial del Código Penal, para hacer que coincidan sus decisiones con sus creencias personales. De esta forma logró demostrarse que una disfunción legal resultaba perfectamente funcional dentro de un sistema de política de evasión de las responsabilidades del Estado⁴¹.

Entonces, concluir que el llamado sistema acusatorio está a la orden de las soluciones de la justicia penal colombiana es algo tan aleatorio como caprichoso sería negarlo, puesto que no se dispone de los estudios diagnósticos suficientes.

Por lo demás, se asiste a la implementación de una forma de enjuiciamiento que, además de la ignorancia de acerca de las prácticas judiciales precedentes, se le encargó la misión autónoma de redimir la administración de justicia y, lo que parece ser mucho más grave, sin advertir si el país se encontraba en condiciones de asumirlo, en términos de preparación de sus abogados y de receptividad de las demandas culturales involucradas.

Resulta determinante identificar el contraste cultural comprometido, para a continuación determinar el ser noético del proceso penal en la parte que no interesa, esto es, en cuanto se relaciona con el manejo de la prueba, para poder enseguida analizar las prácticas judiciales que evidencian el estado de individuación del modelo acusatorio y adversarial.

40 Moya Vargas Manuel Fernando. Datos Sobre el Sistema Acusatorio. *Revista La Defensa* N° 3. Defensoría del Pueblo-USAID. 2003.

41 Moya Vargas Manuel Fernando. *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás de Aquino. 2007.

CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL

Como una de las categorías jurídicas más enrarecidas de cualquier sistema normativo, puede señalarse el propósito de erigir la verdad como fundamento de las decisiones judiciales, y es por ello, que entre las normas más difíciles de comprender dentro del cuerpo axiológico de la Ley 906 de 2004 se encuentra precisamente el artículo quinto, considerado dentro de los principios rectores del estatuto⁴². Conforme a la disposición, el rol óntico del juez se explica por el establecimiento objetivo de la verdad y la justicia⁴³.

No resultaría demasiado juicioso entrar a puntualizar lo que debe entenderse por “verdad”, cuando de ello se ha ocupado buena parte de la filosofía del derecho, por cierto, sin haber alcanzado el estado de tranquilidad que auguraron los griegos al camino demarcado por este tipo de búsquedas. Lo cual no impide, desde luego, hurgar en las metodologías de configuración de la verdad judicial e identificar su relación, inescindible por cierto, con el manejo de la prueba.

Efectivamente, las investigaciones de Foucault permitieron identificar dos paradigmas fundamentales de configuración de la verdad judicial. Uno, sin un

.....
42 La dificultad no proviene definitivamente de la literalidad del texto, es decir, sintácticamente no registra exigencias mayores de hermenéutica; empero, la determinación de sus límites extensionales se ofrece sumamente difícil de identificar conforme se dará cuenta en el curso de la investigación.

43 “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

método objetivo de demostración, y que hoy seguramente designaríamos como “arbitrario”. El otro, por ser mucho más próximo a nuestro modelo, seguramente reconoceríamos como “racional”, en la medida en que procura construir la decisión judicial a partir de un método preestablecido de demostración objetiva.

Con respecto al primero, se halló que existía un sistema caracterizado porque la decisión judicial se operaba a partir de las *verdades* impuestas a la sociedad en calidad de absolutas; lo cual facilitaba el ejercicio de la imposición del conocimiento privado del juez, adquiriendo prácticamente fuerza de ley a través de la sentencia. Por consiguiente, los fundamentos de las decisiones surgidas por esta vía no tenían que constituirse a partir de experiencias comprobables de los hechos juzgados, sino que surgían como presupuestos de lo que las instancias de poder querían que fuera la “verdad” y que, respecto del proceso, venían impuestos previa o intempestivamente, sin probabilidad de ser sometidos a cuestionamiento ni mucho menos a comprobación.

Cuanto hace el juez de este modelo es confrontar el dicho del procesado frente al postulado axiológico o a su creencia personal y, mediante una “puesta a prueba” que no atiende presupuestos de comprobabilidad, si se quiere, por ello mismo arbitrarios, determina la inocencia o la culpabilidad del justiciable. Así por ejemplo, se sabe que durante los procesos seguidos por la inquisición, la determinación de la veracidad de lo afirmado o infirmado por el procesado se establecía mediante puestas a prueba que desafiaban toda racionalidad contemporánea, confiadas a fuerzas suprahumanas y no a una tentativa de reconstrucción de los hechos.

El otro procedimiento de constitución de la verdad judicial identificado por Foucault, completamente paralelo al precedentemente descrito, se basa en la indagación. Su principal característica es que informa las decisiones en evidencias que permiten deducir, como labor esencial del juzgador, la forma en que construyó un juicio estructurado a partir de la demostración de los acontecimientos sucedidos.

Más aún, el autor se permitió proponer fecha de nacimiento a la indagación como método, al asociarla con la época de Edipo Rey. Identificación temporal que, cuando menos, el más antiguo procedimiento civil romano, específicamente,

•Construcción de la realidad en el espacio judicial•

el de las llamadas acciones de la ley, pone en cuestión tal fecha, en la medida en que se habrían practicado con anterioridad al siglo sexto antes de Cristo⁴⁴.

Desde luego, esas dos formas fundamentales de creación de la verdad judicial no se habrían originado en las formas jurídicas, sino que se incubaron en el cenit epistémico de los dispositivos de poder articulados en alianza que favorece o desfavorece efectos funcionales, por cierto, nada jurídicos.

Lo cierto es que no puede sustentarse a partir de una historiografía fidedigna la existencia de formas de procesamiento que correspondan en un grado de identidad incontestable con determinados procedimientos judiciales de configuración de la verdad⁴⁵.

Decididos o no a favor de las ideas fucoltianas, hay quienes a partir de una discriminación poco menos que plausible, entre formas inquisitoriales y formas acusatorias de enjuiciamiento criminal, han cedido a la tentación de identificar las últimas con mecanismos de constitución de la verdad basados en la indagación. Y, consecuentemente, se ha procurado asociar los mecanismos basados en el conocimiento privado del juzgador, con formas de enjuiciamiento predominantemente inquisitivas.

Quizás esta inclinación obedezca a la propensión a hacer corresponder, muchas veces forzadamente, el proceso acusatorio con un campo jurídico compatible con estructuras políticas predominantemente democráticas, en donde se permite el descubrimiento de la llamada “verdad real”, mediante la garantía de una fausta independencia de la rama judicial que, adicionalmente, la inmune del capricho del juez a través de un sistema incuestionable de garantías procesales. Por oposición a sistemas de enjuiciamiento apropiados a organizaciones políticas con prácticas antidemocráticas, que facilitan la injerencia arbitraria de otros poderes en el judicial, como por ejemplo el ejecutivo; o que, en todo caso, se preste a que intereses ajenos a la litis que se debate en cada actuación procesal se entremetan en las decisiones o la orientación de los procesos, bien mediante la inexistencia,

.....
44 No es este un dato que controvierta, en absoluto, el valor de la investigación, pero contribuye al natural escepticismo que acompaña el deseo de sujetar periodos históricos con prácticas correspondientes. Por demás, lo acontecido en países como Colombia, con el recurso a copiar en lo esencial el modelo de Código de Procedimiento Penal que en 1803 sancionó Napoleón, son suficiente evidencia de lo aleatorio que resultan este tipo de asociaciones.

45 Referimos específicamente las formas de enjuiciamiento criminal al menos cuanto hace a los menesteres epistemológicos de este proceso de investigación.

relajación o inoperancia de las garantías procesales, o mediante la politización de los actores con poder decisorio dentro del espacio judicial.

En la actualidad no se discute la improbabilidad de practicar formas acusatorias o inquisitivas puras, bien que se prefiera hablar de sistemas jerárquicos y paritarios. Pese a que sí pueden identificarse tendencias hacia una u otra forma más o menos acentuadas y, si bien los mecanismos de constitución de la verdad judicial diversos a la indagación pueden hoy día resultar irracionales y reprobables desde toda perspectiva, lo cierto es que han logrado perpetuarse como presupuestos de imputación, incluso en procesamientos con características acusatorias. Ello es verificable en campos jurídicos que admiten la responsabilidad objetiva o las presunciones probatorias, las cuales fácilmente devienen en mecanismos de enjuiciamiento donde la indagación como técnica de constitución de la verdad cede al peso de verdades absolutas.

Versiones de estas manifestaciones las encontramos, por ejemplo, en el mecanismo de responsabilidad disciplinaria, en que si bien los hechos deben demostrarse, no así la responsabilidad o, en la presunción de percepción de un salario mínimo como ingreso promedio⁴⁶.

De cualquier manera, no parece sujeto a cuestión que la indagación, en mayor medida, es el mecanismo institucionalizado a partir del derecho internacional, en cuanto ha encumbrado la necesidad de vencer en juicio a una persona con fundamento en pruebas regulares, oportunas y legales, para poder ser condenada legalmente⁴⁷.

Por ello mismo, se parte de la base de que en Colombia el derecho procesal penal del siglo XX es característicamente indagacional⁴⁸. Sin duda, puede sostenerse

46 Mucho más evidente en el segundo evento que, en el caso colombiano, permite que las personas resulten condenadas al amparo de la presunción en procesos que carecen de contenido heterocompositivo, tal y como se demostró en la investigación *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria, un desfase entre la ley y la realidad judicial*, en que se puso en evidencia cómo daba igual que una persona fuese juzgada por su denunciante que por un juez.

47 Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional permiten sostener que el derecho internacional consagró la indagación como una garantía procesal, entre otras cosas por cuanto todo procesado mantiene el derecho de controvertir las pruebas y las decisiones mediante la demostración de su inocencia.

48 En cambio, no puede sostenerse lo mismo de los enjuiciamientos del decimonónico, dada la injerencia que tenía el ejecutivo sobre el poder jurisdiccional. Tampoco puede pretenderse que durante el siglo XX y con posterioridad a él la administración de justicia haya sido inmune a prácticas que ponen en entredicho la indagación como técnica, pero, sin embargo, las situaciones que podrían señalarse se caracterizan por ser estimadas de opuestas al régimen constitucional y legal. Ciertamente la injerencia de intereses ajenos al proceso han devenido en decisiones que no se basan en el resultado de las indagaciones sino en otro tipo de presupuestos, lo cual se asimila a prácticas corruptas.

que los códigos del siglo XX hasta ahora son refractarios a cualquier otra forma de constitución de la verdad judicial, lo que no conlleva a la verificación de alteraciones en la práctica misma de las indagaciones. Es así que una condena producida en vigencia de un código como el de la Ley 600 del año 2000 reclama que los hechos y la responsabilidad se hayan demostrado, aun cuando la práctica judicial revela que ello no ha sido así necesariamente; el sesgo es opuesto al cometido intencional del legislador. Otro tanto acontece con el procesamiento constituido a través de la Ley 906 de 2004, mucho más acusatorio y adversarial, pese a la que designaríamos como “resistencia contracultural” que permanentemente viene ejerciendo la jurisprudencia a favor de las prácticas inquisitivas. Parece así inevitable admitir que entre los dos tipos de enjuiciamiento existe una ruptura en cuanto al manejo de la prueba, lo que inextricablemente se proyecta sobre los presupuestos de configuración de la verdad judicial en nuestro medio.

Desde luego que podría hacerse un recorrido histórico que contemplara, incluso, el Código de 1936. Sin embargo, y en consideración a que la tendencia sostenida es, en general, predicable del siglo XX, partimos del último código que recogió dicha tendencia, predecesor inmediato de la Ley 906 que, en cambio, marca una ruptura significativa.

Es preciso observar, adicionalmente, que el país no se ha caracterizado por una cultura investigativa que apoye los procesos legislativos, y muy limitadamente analice los efectos prácticos de las reformas. Por suerte que no se dispone de trabajos de campo que hayan analizado el manejo de la prueba en desarrollo de los procesos penales tipo Ley 600 de 2000. Existen tratados de derecho probatorio, los cuales para efectos de este proceso investigativo no mejoran las condiciones del análisis. Con lo que es importante advertirse que no ha podido operarse una comparación sustentable en investigaciones precedentes.

Por demás, las reformas judiciales han sido tradicionalmente inopinadas, en el sentido de no contar con bases de estudios elaborados mediante verificaciones sustentables. De hecho, como hubo oportunidad de advertirse, la reforma constitucional ejecutada a través del Acto Legislativo 03 de 2002 surgió en condiciones similares, es decir, con el pretexto de superar las deficiencias del procedimiento de la Ley 600 de 2000, sin haberse investigado si el mismo tuvo disfunciones, si fue así de qué dependieron, si el campo jurídico colombiano era apto para ajustarse a las prácticas acusatorio-adversariales, si el tipo de crimen del que tendría

que ocuparse el espacio judicial podía procesarse mejor por el llamado sistema acusatorio, en fin, se forjó la reforma muy bien intencionada pero sin bases serias que permitieran suponer que este tipo de procesamiento vehicularía los fines previstos y los valores de la administración de justicia.

Tan inopinada ha sido la reforma que se perpetuó el llamado sistema inquisitivo en la administración de justicia ordinaria, específicamente para los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia por fuero constitucional, sin ninguna explicación atendible distinta al capricho, el mismo que quiso contemporizar el proceso penal colombiano respecto de la tendencia latinoamericana, sin siquiera verificar los resultados que había dado en el entorno experimental conocido.

Esta lamentable práctica legislativa ha intentado corregirse mediante la expedición de la Ley 1147 de 2007, que crea la obligación de constituir unidades investigativas y de especialistas que apoyen la actividad legislativa, en el entendido de que seguir haciendo tanteos intuitivos en materias tan graves como el procedimiento criminal no trae sino cansancio social producto de la decepción constante en las instituciones del Estado.

El juego judicial reglado a través del procedimiento napoleónico de la Ley 600 de 2000

Al igual que la mayoría de códigos penales adjetivos que ha habido en Colombia, el conocido como Ley 600 de 2000 es tributario del legendario código napoleónico de 1803. De ahí que se identifique como “mixto”, queriendo decirse con ello que introdujo características tanto acusatorias como inquisitoriales.

En términos generales, el esquema correspondiente a este procesamiento involucra dos fases propiamente procesales. La primera corresponde a la fase investigativa y es cubierta por un fiscal, quien, en el evento de acusar, deberá sustentar su llamamiento a juicio ante un juez independiente, designado para dictar la sentencia de mérito.

Aun cuando por esta vía se le otorga una entidad propiamente acusatoria al procedimiento, el otorgamiento de funciones jurisdiccionales al fiscal, haciendo de él un juez de instrucción, así como atribuciones conferidas a los jueces tales como poder alterar la calificación jurídica del fiscal u ordenar pruebas de oficio, convirtiéndose por esta vía en un instructor, le informa un profundo sentido inquisitorial.

La configuración de la verdad procesal en este espacio judicial tiene connotaciones específicas. Por una parte, el fiscal se encuentra obligado legalmente a acopiar las pruebas que desfavorezcan como también las que favorezcan al procesado. Por otra parte, el fiscal instruye, de manera que los medios de convicción que arrime a la actuación, independientemente de que participe o no la defensa durante su práctica, adquiere connotaciones probatorias *ab initio*, por tanto vinculantes para el juez de la causa, en la medida que al proferir sentencia debe evaluarlas tanto en su entidad material como legal y, en fin, considerarlas para producir el fallo.

Adicionalmente, el juez durante el juicio puede “completar” la investigación del fiscal a favor o en contra del procesado, ordenando y practicando pruebas de oficio.

Otra característica es que existe la intervención del ministerio público, con los mismos derechos de postulación que asisten al defensor y, durante el juicio, además, al fiscal; siendo en todo caso su obligación constitucional velar por la observación de las garantías procesales y, en general, la legalidad del proceso. El agente del ministerio público puede requerir, sin otro límite que el impuesto por la legalidad, la práctica de pruebas a favor o en contra de los procesados, bien al fiscal durante la instrucción, o al juez durante el juicio y, si es preciso, puede él mismo aportarlas.

Dentro de este panorama, no pareciera tener mayor injerencia un defensor, pues prácticamente las garantías procesales se encuentran supervisadas por el ministerio público y el fiscal tiene que acopiar tanto las pruebas favorables como las que no lo sean a los intereses del procesado. Sin embargo, el defensor tiene todas las potestades derivadas del derecho de postulación, particularmente, puede actuar requiriendo la práctica de pruebas con cargo al estado. Más aún, puede requerirlas al fiscal durante la instrucción y al juez durante la etapa probatoria del juicio. Incluso, si el procesado fue sujeto a medida de aseguramiento, puede espetar la intervención del juez durante la instrucción para que revise su legalidad y, por esta vía, cuestionar probatoriamente el sustento de la medida de aseguramiento.

Es preciso así mismo destacar que el principio de comunidad de la prueba hace que toda evidencia, independientemente de quién la haya aportado, pedido o practicado, se considere a favor o en contra del procesado.

Estas características simultáneas del proceso tipo Ley 600 de 2000 tienen varias consecuencias en relación con el manejo de la prueba y, por consiguiente,

le informan un cierto sentido a la forma como bajo su andamiaje se constituye la verdad judicial.

La primera consecuencia evidente es que exige al defensor de ejecutar actos de investigación. Precisamente, por cuanto se dispone de un fiscal obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, ante tal principio procedimental, el defensor cuanto tiene que hacer es exigir que el fiscal se dirija en cierto sentido, esto es, el que estime apropiado a los intereses de su cliente, sin que requiera para ello más que contar con la información suficiente para poder orientar las peticiones que en ejercicio de su potestad postulativa.

Si se encuentra en juicio, la situación no resulta significativamente distinta, pues aunque aparentemente el juez no investiga, sí ordena la práctica de pruebas y, en general, dispone de los servicios de la policía judicial para ejecutar los actos probatorios pertinentes. De hecho, nada obsta que el juez desarrolle una actividad probatoria igual o más profunda que la dispuesta por el fiscal, orientando a la policía judicial, a sus dependientes y a las entidades públicas o privadas en las que se apoye con tal finalidad.

Luego, en cualquier caso, lo cierto es que la investigación la realizan el fiscal, el juez o la policía judicial. Siendo así, ni siquiera se espera que el defensor lo haga, precisamente porque no es necesario. De hecho, los abogados colombianos no reciben formación en técnicas de investigación, porque el esquema procesal no lo demanda.

En segundo lugar, el defensor tampoco tiene por qué saber de manejo de la prueba, debido a que ello es trabajo del fiscal y de los investigadores de la policía judicial. En efecto, la potestad que tienen los defensores de exigir la práctica de pruebas al Estado y por cuenta del mismo conlleva marginarse del proceso de recolección, constitución e incorporación de la prueba, puesto que puede exigírselo al Estado a través de la Fiscalía o de sus investigadores. Incluso acontece otro tanto ante el juez de conocimiento, por ser él mismo quien practica los interrogatorios, y solo residualmente lo haría el defensor, puesto que si el juez agota el interrogatorio que le interesa al defensor puede abstenerse de intervenir, así el testigo haya sido solicitado por él.

En cuanto tiene que ver concretamente con la constitución de la verdad judicial, resulta propicia a este esquema procesal la pretensión típicamente aristotélica que él designó como *adequatio rei et intellectus*, conforme con la cual

la verdad procesal es precisamente la correspondencia entre lo acontecido y lo acreditado en el proceso como fuente de producción del fallo.

Y afirmamos dicha identidad sobre la base del sentido unívoco de la investigación, así que no existe claramente un contenido adversarial del proceso. Con fiscales forzados a realizar la investigación propia y la del defensor, no puede garantizarse una tendencia sólidamente adversarial. Si bien es cierto que el defensor no tiene que aportar pruebas contra el procesado, ni siquiera en el evento de la justicia de la causa, su contraparte natural se encuentra exigida en dos sentidos cuando un fiscal acusatorio, estrictamente hablando, no tendría que estar asociado al defensor hasta el extremo de hacerle la investigación.

Pero, ante todo, lo que se reclama es que la identidad con el hecho real se refleje en el fallo, es decir, el peso de establecer dicha identidad grava particularmente la actividad del fallador, precisamente porque es lo que tiene que reflejar en fallo, es decir, el juez del proceso tipo Ley 600 de 2000 está llamado a pronunciarse respecto de los hechos en virtud de una especie de positivismo en donde los hechos en su versión original causan la sentencia, a la manera de un silogismo causalista, en que la premisa fundamental es la situación ocurrida con total fidelidad a los sucesos.

Por ello mismo, el juez tiene potestades investigativas tanto oficiosas como de instancia, precisamente porque es su obligación descubrir la verdad material de los hechos. De manera que todos los actores del espacio judicial concursan a favor del mismo propósito. Obsérvese que el fiscal, el ministerio público y el juez están forzados a favor de establecer la realidad objetiva de los hechos, sin sesgos ni pretensiones diversas a la búsqueda de la llamada verdad real. El único eximido de tal exigencia es el defensor, ya que ninguna disposición lo obliga a concursar en favor de lo que la doctrina conoce o identifica como “verdad real”. Acaso ello explique que en la práctica judicial colombiana, la figura del Ministerio Público haya culminado por ser una cofradía poco deseable con el fiscal y, a veces, con el juez. Estudios sociojurídicos así lo han puesto de manifiesto, al punto de señalar una significativa desconfianza hacia el defensor por parte de los demás actores del espacio judicial⁴⁹.

.....
49 Véase en Silva García Germán. *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. V.I. La profesión jurídica. V.II. Las prácticas jurídicas. V.III. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia. 2001.

De cualquier forma, si bien tal pretensión desafía los postulados sociológicos de la construcción social de la realidad, sí permite una visión procesal en donde la llamada verdad real tiene connotaciones de valor procesal. Tan inalcanzable en todo caso suele resultar que, si en vez de valor fuese un principio, hasta la figura del defensor resultaría prescindible, puesto que los tres representantes del Estado cumplirían los cometidos ónticos y deontológico que explican su presencia inevitable en el espacio judicial; es decir, si todos concursan al fin de establecer la verdad y respetar las garantías procesales, no se advierte en la figura del defensor más que un convidado de piedra.

En vigencia del Decreto 2700 de 1991 ni durante la de la Ley 600 de 2000 se desarrollaron los procesos investigativos que permitieran una perspectiva para establecer cuántos procesos habían resultado significativamente direccionados por la intervención de los defensores; si se toman conclusiones a partir de las causas resueltas en casación, la conclusión corroboraría sus limitadas intervenciones exitosas.

Si además advertimos que de la misma condición ha sido el grueso de los estatutos procesales en Colombia —tanto en lo penal como en las demás especialidades—, no es difícil comprender que la formación en cuanto a manejo de la prueba haya estado contraída a exposiciones teóricas de los medios probatorios contemplados en la ley, amén de alguna reducida formación en criminalística y medicina forense, con espacios tan limitados que dejan la sensación de procurar el lleno de un requisito antes que una pretensión por consolidar la capacidad profesional de los abogados. Esto explica igualmente que conceptos como los de incorporación o exclusión hayan sido extraños dentro de la estructura académica de los abogados, incluso entre quienes ofician como fiscales.

Pero tal condición tiene las explicaciones legales e históricas anotadas, es decir, no existía una verdadera exigencia práctica para que los abogados recibieran formación importante en lo que denominamos manejo de la prueba.

La alteridad extrapolada a partir de la Ley 906 de 2004

La situación descrita a propósito de la Ley 600 de 2000, en tanto esquema de enjuiciamiento criminal, es predicable no solo de las prácticas judiciales predominantes durante el siglo XX en Colombia, sino también durante una parte

importante del siglo XIX, con modificaciones ciertamente, pero cuya vocación fue observada por cerca de doscientos años, es decir, durante el mismo tiempo de experiencia republicana.

Dichas prácticas fueron objeto de lo que llamamos *individuación*. Vale decir al respecto que, siendo esquemas de origen extranjero, los procesales practicados en el país los ha venido apropiando conforme a la satisfacción de sus menesteres procesales, al modo de ser de sus jueces y funcionarios judiciales, a la jurisprudencia, a la organización misma de la administración de justicia y, muy particularmente, a sus abogados, por suerte que la formación impartida a través de las escuelas de derechos se encuentra informada por ella, así que varios de los redactores de los distintos códigos han sido y siguen siendo formadores a nivel de pregrado y postgrados.

Este proceso de individuación de las instituciones jurídico-procesales en lo penal conlleva efectos complejos que impactan los contenidos culturales de la administración de justicia, en la medida en que terminan por convertirse en la forma de ser misma del campo jurídico. Es así como el primer efecto se experimenta en el espacio judicial, en el cual se constituyen las significaciones compartidas por los distintos operadores. Si bien el país nunca contribuyó al desarrollo del modelo procesal que adoptó, lo vivió durante dos siglos, tiempo de experiencia más que bastante para apropiarlo e incorporarlo hasta hacer de él una forma de ser judicial que le pertenece. De manera que los modelos de enseñanza, de justicia, de decisión, en fin, del derecho procesal penal, están contruidos a favor de ese esquema, y se los transmite como una forma de ser del espacio judicial.

Ciertamente, la individuación de los esquemas procesales se resuelve en una cultura, entendida esta como sistema de significación compartida, en que cada uno adecúa sus intervenciones a los roles sociales contruidos al fin de su intervención propiamente dicha, y en los escenarios de aculturación secundaria se acentúan en la medida en que las escuelas de derecho procuran conservar el *statu quo*, tanto más cuanto los formadores son abogados litigantes, jueces o fiscales en ejercicio, incluso redactores de los códigos.

Si se agrega que se trata de prácticas constituidas durante el proceso de surgimiento y consolidación de las estructuras republicanas, es decir, con los orígenes y desarrollo ulterior de los fundamentos políticos de la organización social, aparecen los dos profundamente imbricados y en ocasiones hasta

interdependientes, cimentados en las experiencias suscitadas durante casi dos siglos. Se trata entonces de un país que surgió y creció con el sistema de enjuiciamiento napoleónico, de manera que lo incorporó profundamente en sus contenidos de significación jurídico-procesal.

Con el pretexto de las novedades constitucionales operadas en 1991, se ha querido justificar la incorporación del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, aunque sería ingenuo concluir que era refractario a la Constitución de 1886. Lo cierto es que la Ley 906 de 2004 sorprende al país en un instante en que no se halla en condiciones de interiorizarlo al ritmo de la implementación legalmente concebida. Es decir, no se habían sentado las condiciones de asimilación de las nuevas prácticas judiciales, cuando repentinamente los abogados se encontraron en la obligación de ejecutarlas, sin formación preliminar, ni mucho menos tener suficientemente claro por qué se violentaba de forma tan radical sus significados procesales preexistentes. Tal condición es tan visible respecto de litigantes como de fiscales y jueces, con la protuberante deficiencia constituida por la falta de medios y alternativas académicas para su “reformación”.

Desde este punto de vista podemos sostener que la reforma fue un asalto tan violento que ha dado lugar a actitudes contraculturales, de manera que, pese a ser ley el nuevo esquema de procedimiento penal, frecuentemente se advierte la tendencia a retomar las prácticas napoleónicas, haciendo nugatoria en muchos aspectos la reforma, indudablemente bien intencionada en términos de justicia. Para ejemplificar desde el punto de vista del juego procesal lo que ha significado el cambio, podría decirse que se exigió a los actores de un campo de fútbol seguir jugándolo pero con las reglas del ajedrez; por ello las resistencias y los extravíos han sido tan sentidos como ignorados.

Se agregó que el Estado no se cuidó de conformar un grupo asesor experto en administración de justicia que enfatizara las condiciones de implementación de las formas de enjuiciamiento con predominio de la actuación oral, en un ambiente de adversación controlada. Ello dio por resultado que el código terminó siendo elaborado por profesionales que, si bien se distinguían en el campo jurídico colombiano por sus obras, actividades académicas o cargos judiciales, apenas uno de los integrantes de la Comisión Redactora Constitucionales y su grupo de colaboradores, acreditaban experiencia en el tipo de procedimiento que estaban configurando y, su trabajo de base fue objeto de modificaciones

por quienes no tenían la mínima experiencia que la complejidad del encargo legislativo les demandaba.

Fuera de ello y acaso por la misma razón, el Estado nunca dispuso un plan de implementación que asegurase la adecuación de los esquemas jurídicos de los programas de formación, conforme al nuevo procedimiento, a través de las escuelas de derecho, abandonando a los litigantes a la suerte de sus posibilidades y al azar de sus intuiciones. Si bien los jueces, los fiscales y los defensores públicos fueron objeto de cursos de formación a través de las unidades de capacitación de cada entidad, ello no obedeció a un plan integral, coordinado y dirigido, sino a lo que cada entidad creyó que debería hacer, sin contar con las demás.

De manera que por resultado, en la práctica, cada operador del espacio judicial realiza sus roles basado en lo que estima debe ser su intervención, pero desde una perspectiva personal, aislada, más intuitiva que razonada cuando se trata de intervinientes particulares, es decir, quienes no han tenido acceso a los cursos de alguna de las entidades involucradas en la reforma judicial, con proyecciones específicas en institutos tan caros a la práctica judicial como es el tratamiento de la prueba, dados los efectos que dependen de él. La Ley 906 de 2004 actualmente, y a diferencia de los códigos precedentes, desarrolla este tema planteando exigencias tanto operativas cuanto reflexivas, incompatibles con la formación profesional que ha sido la tradicional en los medios académicos colombianos para abogados.

A tal finalidad el análisis se posará inicialmente, con base en el método de la reconstrucción histórica, en la identificación de las cualidades más destacadas que tuvo en consideración la Comisión Redactora Constitucional que culminó el trabajo hoy conocido como Ley 906 de 2004, así como las discusiones surgidas durante las deliberaciones cumplidas en el Congreso de la República, para abordar enseguida el análisis de la estructura legal del manejo de la prueba en el texto del Código y, a continuación, sus proyecciones sobre la configuración de la verdad judicial en los procesos penales colombianos y las exigencias concretas que plantea en materia de manejo de la prueba.

Las bases motivas de la comisión redactora

Conforme al Acto Legislativo 03 de 2002 se constituyó una Comisión Redactora encargada de elaborar el proyecto de Código de Procedimiento Penal que sería

presentado ante el Congreso de la República. Dicha Comisión autorreguló su metodología de trabajo, previendo trabajar sobre un documento fundamental conformado por el anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica, en cuya elaboración intervinieron los profesionales más cercanos al enjuiciamiento de corte acusatorio y adversarial, quienes sin embargo no se detuvieron a reparar en la población a la que se dirigía el proyecto, ni los destinatarios finales ni mediáticos del código, acaso porque no lo consideraron parte de su labor.

Lo cierto es que en materia de manejo de la prueba el anteproyecto parecía dirigido a personas capacitadas para el ejercicio inmediato del proceso acusatorio y adversarial, de ahí que en materia de tratamiento de la prueba no haya incorporado disposiciones articuladoras que facilitaran la integración del campo jurídico colombiano especificado en las prácticas suscitadas en el espacio judicial, con la nueva forma procesal. De suerte que el manejo de la prueba aparece regulado conforme a las reglas del Título IX, sobre investigación durante la indagación preliminar, cuyo capítulo I hacía referencia a los organismos de investigación y al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El Capítulo II se tituló “Actos de investigación permitidos durante la etapa de indagación preliminar”, del cual la Sección 1 refería los actos de investigación que no requieren autorización judicial previa independiente para su realización. La Sección 2 estaba aplicada al desarrollo de las actuaciones investigativas que sí requieren autorización previa por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Dentro del Título XII, el Capítulo III regulaba el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

Dentro del Título XIV, la Sección 2 del Capítulo I estaba dedicada a las solicitudes de práctica de pruebas. Mientras que el Capítulo IV refería la práctica de la prueba, en la Sección 1 se desarrollaron las disposiciones generales; en la 2, las reglas relativas a los privilegios; en la 3, a la prueba testimonial; en la 4, a la prueba pericial; en la 5, a la prueba de referencia; en la 6, a las reglas de mejor evidencia; en la 7, a la prueba documental; en la 8, reglas relativas al conocimiento judicial; en la 9, reglas relativas a la suficiencia y valoración de la prueba.

Con base en este material dio inicio la Comisión Redactora Constitucional a sus deliberaciones, de las cuales puede inferirse su postura acerca del manejo de la prueba y las consiguientes modificaciones.

Ciertamente, la característica sobresaliente de la Comisión fue su conciencia acerca del principal inconveniente del nuevo esquema procesal, en cuanto al manejo de la prueba, esto es, las condiciones culturales y académicas de los abogados e investigadores colombianos. Sin duda fue este el aspecto que más preocupó a los comisionados, lo cual marcó una diferencia significativa entre el anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica y el proyecto que aprobó la Comisión. Aquel, indudablemente mejor configurado en términos de coherencia sistemática, resultaba mucho más propicio a un régimen procesal acusatorio y adversarial, al fin y al cabo confeccionado por un equipo bien guiado en cuanto a las particularidades de dicho procedimiento, pero caracterizado igualmente por resultar muy distante del espacio judicial que pretendía regular, en cuanto parecía diseñado para abogados perfectamente conocedores del llamado sistema acusatorio, cuando la realidad era en ese entonces completamente opuesta.

La Comisión Redactora quiso ser mucho más sensata en cuanto se dio decididamente a la tarea de constituir un proyecto de código que consultara esa realidad. Desde este punto de vista sacrificaron la técnica legislativa a favor de las condiciones de los operadores del espacio judicial colombiano. Que tal determinación haya sido acertada tampoco es demasiado claro. Quizás un código más exigente hubiese forzado a una formación de las mismas proporciones, sin tantas laxitudes en cuanto a la formación. O habría podido resultar completamente inaplicado. Es algo que seguramente no se podrá establecer.

Lo cierto es que la Comisión optó por configurar un estatuto que guiara a los operadores tan pormenorizadamente como le pareció prudente, en punto concreto al manejo de la prueba.

Sin embargo, como el Congreso, posó el grueso de su atención en las actividades de policía judicial, significando que no existía suficiente confianza en la formación ni la experiencia de los funcionarios de policía judicial, esto es, en los investigadores de la Fiscalía General de la Nación, fundamentalmente.

Pero si se desconfiaba de la formación de los investigadores, tampoco tranquilizaba la de los fiscales, especialmente en cuanto se inquietaba que tuviesen la osadía de abandonar sus oficinas y el rutinario trabajo que habían venido desarrollando al amparo del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 consistente en producir una cantidad significativa de decisiones que en realidad correspondían a los jueces, para invadir los espacios investigativos hasta malograr los

planteamientos probatorios del nuevo estatuto procesal. Incluso surgió del seno de la Comisión la idea del programa metodológico, mediante el cual sentaron las bases administrativas para el desarrollo de las investigaciones, asegurándose por esta vía de que los fiscales se encargarían de la dirección de las mismas, pero su desarrollo sería confiando a los investigadores propiamente dichos.

Al igual que el Congreso ocupó su atención principalmente en las labores de policía judicial, descuidando las exigencias investigativas generales de la defensa, e ignorando las exigencias investigativas específicas de la misma, pese a que introdujeron las llamadas “facultades de la defensa en la investigación”, que compone el programa base de investigación de los litigantes que asuman la defensa de los derechos de los procesados, el desbalance puede surgir tanto del escaso número de disposiciones que dedicaron a las investigaciones de los defensores, frente al que destinaron a regular las de la Fiscalía, como a la ausencia de remisión, al menos en cuanto resultase compatible, a las normas que desarrollaron y regularon las actividades de la policía judicial.

Lo cierto es que, pese al nivel de consciencia que caracterizó a la Comisión Redactora, no implementaron un programa de investigación para la defensa, y no obstante haberse mencionado la importancia de regular las actividades de los investigadores privados, se cuidaron de sumirlo con el pretexto de desbordar el objeto de la Comisión, lo cual, además de cuestionable, no se compadecía de las dificultades que le oponía al país desarrollar un proceso legislativo a través del esbrozado camino que ello supone.

Al igual que el Congreso, la Comisión Redactora se ocupó del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Si bien no pretendieron independizarlo de la Fiscalía, zanjaron la adscripción a esta institución y el desequilibrio respecto a la defensa, facultando su acceso a sus servicios. Dicha facultad fue defendida decididamente en el Congreso de la República.

Acaso haya sido por esa misma particular consciencia sobre las exigencias probatorias del nuevo procedimiento, frente a las particulares deficiencias de formación apropiada a ese esquema por parte de los abogados e investigadores colombianos, la Comisión tendió a la creación de normas que pormenorizadamente regulaban la actividad probatoria, en aspectos como la recolección, embalaje y rotulación de los elementos materiales probatorios, lo cual si bien no resultaba demasiado técnico, precavía la ausencia de manuales y, particularmente, de capacitación de los

operadores. Calidad del proyecto que fue severa y precipitadamente criticada por algunos docentes que intervinieron ante el Congreso.

Si bien como el Congreso descuidó la Comisión Redactora Constitucional tanto las investigaciones de la defensa como las exigencias planteadas por el nuevo estilo procesal en cuanto al manejo de la prueba, varias menciones concretas demuestran que sí fueron conscientes de las necesidades de esta naturaleza que sobrevendrían y, si bien fueron limitadas las ocasiones en que se planteó, es lo cierto que del seno de la Comisión fue que surgieron las disposiciones relacionadas con las facultades de la defensa durante la investigación. En rigor, se debió haber asumido el tema del desarrollo de sus investigaciones y aspectos puntuales del tratamiento de la prueba, como por ejemplo si bajo alguna circunstancia podría exigirse a la defensa abrir la cadena de custodia, qué hacer sin incurrir en conducta irregular disciplinaria o penal con los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenida que comprometa que al procesado; cuáles son las facultades y límites de los investigadores de la defensa, aspectos todos estos que si bien en un campo jurídico tradicionalmente acusatorio y adversarial puedan parecer de Perogrullo o innecesario su tratamiento legal, pero en un medio con casi dos siglos de prácticas inquisitoriales ameritaban alguna prevención al respecto.

La verdad sea dicha, la Comisión se hizo particularmente consciente de las necesidades investigativas de la defensa y su importancia cuando ingresó en la difícil discusión sobre formalización de las investigaciones. Sobre este importante aspecto, parece que en lo único que hubo acuerdo entre las dos tendencias que radicalizaron sus posiciones fue que la defensa podía y debía investigar a fin de acopiar elementos materiales probatorios, evidencia física y demás medios probatorios, con la misma libertad que la Fiscalía, la cual contaba naturalmente con un predominio en términos de recursos materiales y humanos, así como de medios tecnológicos.

Como la mayoría de los abogados colombianos, tendieron a acentuar la importancia del juicio oral, en cuanto se refiere al manejo de la prueba, lo cual es atendible por ser el escenario de práctica; sin embargo, la experiencia posterior enseña que descuidar las restantes audiencias, así como las investigaciones, es una demostración clara de inmadurez respecto del procedimiento acusatorio y adversarial. Curiosamente, plantearon sus prevenciones respecto de los obstáculos culturales que ya asomaban, incluso entre los comisionados mismos.

Pese a que la Fiscalía dirigía la Comisión, hubo manifestaciones de preocupación por los abusos de la entidad y su capacidad para atentar la dignidad humana, advirtiendo de alguna manera que el nuevo procedimiento facilitaba las maniobras de este tipo, y se expuso la necesidad de blindar la dignidad humana de esas prácticas.

Fue a propósito del proyecto de ley sobre el sistema nacional de defensoría pública que se volvió a tocar el tema de las investigaciones de la defensa y sus recursos probatorios, pese a ser el momento más oportuno para adentrarse en los aspectos concretos concernientes a la defensa, sin que haya habido un mayor desarrollo frente a lo que ya se había acordado. Incluso, se dejaron profundos vacíos en aspectos clave como por ejemplo el acceso de los defensores a medios de convicción provenientes del exterior. Incluso, se eludió la regulación de las labores de los investigadores privados con el pretexto de no existir facultad para que la Comisión asumiera su desarrollo.

Un nuevo manejo de la prueba y la dirección de la investigación

Desde que se abrió la deliberación del articulado correspondiente al Título III, descrito como “Técnicas de investigación de la prueba y sistema probatorio”, surgieron las advertencias pertinentes a las modificaciones surgidas en cuanto al manejo de la prueba a propósito del nuevo esquema procesal⁵⁰.

A partir de este enunciado se advierte que la Comisión Redactora, a diferencia de la Secretaría Técnica, mantuvo la intención de asumir la existencia de condiciones adversas al nuevo esquema procesal, entendiendo que admitían una serie de prácticas que controvertirían de facto las instituciones jurídico-probatorias. Precisamente se llamó la atención e inicialmente cifraron la discusión en un aspecto que hubo necesidad de someterse a conciliación, consistente en condicionar la labor del fiscal de suerte que no pudiera convertirse en investigador directo, por cuanto devendría testigo de la Fiscalía, condición que resultaba incompatible con la de acusador; por consiguiente, urgía concentrar la investigación de campo en la policía judicial, y especializar al fiscal como director jurídico de esa misma investigación.

.....
50 Nos referimos inicialmente a las discusiones verificadas durante la reunión celebrada el 23 de mayo de 2003, consignadas en el Acta N° 18. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. *Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas*. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005. Páginas 417 a 428.

Lo que resultó decididamente confirmado es que el director de la investigación sería el fiscal; mientras que la investigación propiamente tal deberían realizarla los investigadores. Desde luego, ello no exime al fiscal de ser idóneo en materia de investigación y manejo de la prueba por cuanto es la condición *sine qua non* para poder dirigir una investigación⁵¹.

Obsérvese que noemáticamente hablando el horizonte de sentido no es coincidente. Mientras que la Secretaría Técnica parte de un supuesto apenas obvio dentro de un procesamiento acusatorio y adversarial, conforme al cual el fiscal no puede ser el investigador simultáneamente, la visión de la Comisión asume que el fiscal colombiano no asimila la distinción entre investigador testigo y fiscal, precisamente porque no está informado a partir de una tradición mediante la cual haya incorporado en su esquema mental del proceso tal diferenciación necesaria. Y, lo más particular, incorpora el tema en la agenda legislativa.

El nuevo manejo de la prueba y las entidades que deben cumplir funciones de policía judicial

Posteriormente, la discusión se centró en la atribución de funciones de policía judicial a entidades como el INPEC. Hubo posiciones a favor y en contra, en donde se formularon objeciones basadas, nuevamente, en el especial manejo de la prueba subordinado al enjuiciamiento cuyas características de acusatorio y adversarial querían hacerse predominar.

Quienes defendieron las funciones judiciales del INPEC invocaron la posibilidad real de hacerse a los elementos materiales probatorios, posición que, evidentemente, no consultaba sino un criterio de ocasión, marginado de la naturaleza misma del sistema⁵². Por otra parte, se observó que una de las características del nuevo enjuiciamiento y que como ninguna otra lo separaba del anterior era precisamente que los materiales probatorios carecían del contenido de prueba en tanto no se debatieran en juicio oral, público y concentrado; además de carecer de vocación de permanencia. Desde este punto de vista, por sobre el argumento instrumental de facilidad de recaudo, debía observarse la exigencia de profesionalidad y exclusividad de las funciones de policía judicial.

51 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 450.

52 Obsérvese que una idea como la expuesta es apta para justificar la intervención del INPEC, la Procuraduría, la Contraloría o cualquier otra entidad, otorgándole funciones de policía judicial, en un procesamiento penal, en donde lo que menos importa es el carácter acusatorio y adversarial.

Para excluir las funciones de policía judicial al INPEC, también se adujeron argumentos propios del enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Se advirtió, por ejemplo, acerca de la inconveniencia de que los guardias del INPEC mantuvieran dichas funciones, cuando eran potenciales testigos para el juicio; respecto, claro está, de los delitos cometidos por los internos durante su reclusión.

En el mismo sentido se observó que las “pruebas” obtenidas durante las investigaciones por entidades como la Contraloría, en desarrollo de su función fiscal, estaban desnudas de valor en el proceso penal en cuanto carecían de contradicción. Situación que no registraba inconveniente alguno respecto del proceso penal tipo de la Ley 600 de 2000, en cuanto para el esquema jurídico procesal que concebía podía aportarse la prueba obtenida o practicada en una actuación distinta, mediante la figura de la prueba trasladada.

Acerca de las funciones de policía judicial, que el proyecto pretendía atribuir a la Procuraduría, se cuestionó el que pudiera mantener simultáneamente las condiciones de policía judicial y de “sujeto procesal”. Sobre el particular, describieron los expertos comisionados que sería tanto como encumbrar dos fiscalías dentro del proceso penal colombiano. Precisamente porque si oficia como policía judicial conllevaría que la Procuraduría tuviese necesariamente que tomar partido, desnaturalizando aún más su intervención procesal, y desoyendo el mandato constitucional que le impuso una posición de por sí objetiva, dadas las funciones otorgadas que le fueron deferidas dentro del proceso. Tanto más sesgada si se estima que las funciones de policía judicial siempre van a estar dirigidas por la Fiscalía, se agregó. Incluso fue planteado que pudiera mantenerlas como las puede tener cualquier persona a prevención en los casos de flagrancia⁵³.

La naturaleza de la prueba y las funciones de la policía judicial

Una importante observación que contribuye a destacar las diferencias que la Comisión consideró al configurar la regulación de la prueba dentro del Código de Procedimiento Penal surgió acerca de la actuación que tendría sobre el particular la policía judicial cuando se dijo que en el nuevo esquema procesal

.....
53 Pese a las bien sustentadas razones señaladas, la Comisión decidió otorgarle funciones de policía judicial a la Procuraduría. Véase página 425 en Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo, Ob. Cit. supra.

un particular puede llevar un documento, si lo quiere introducir la defensa o lo quiere introducir la fiscalía y no necesita ser policía judicial. Explicó que el concepto de policía judicial que se estructura sobre la base de un sistema acusatorio es para constituir un equipo de investigación dirigido por el fiscal y no para darle el valor de prueba a los elementos materiales probatorios adquiridos, como ocurre actualmente [...] en el nuevo esquema la policía judicial no tiene un carácter prevalente o preferente frente a la prueba, pues es el fiscal quien debe coordinar y organizar la investigación para convencer al juez⁵⁴.

Pese a las cuestiones que puede desatar esta idea, lo cierto es que contribuye a la figuración que se había forjado la Comisión respecto del valor de las investigaciones en el esquema procesal sobreviniente. Es así como se aprecia el valor que se estaba imprimiendo a la función de investigar, antes que a los resultados de la misma, valorándola como una metodología de acceso sistemático a los medios de convicción que contribuirían al sostenimiento en juicio de una teoría del caso.

De la misma manera es ya visible el sesgo de la Comisión en el sentido de no prever las mismas advertencias respecto de las investigaciones que debía desatar la defensa.

La vinculación del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Una variable concreta se desprendió del tema relacionado con los servicios prestados por el Instituto Colombiano de Medicina Legal. La propuesta inicial no preveía ninguna probabilidad para la defensa de acudir a este organismo; sin embargo, habiéndose referido el desequilibrio respecto de la Fiscalía, la subcomisión recomendó incluir la posibilidad para el imputado o su defensor de acudir al Instituto en demanda de sus servicios, claro está, con fines probatorios⁵⁵.

Esta decisión se erigió posteriormente en objeto de debates frecuentes en el Congreso, como se verá, pero anticipaba una disputa en el sentido de asociar la prueba producida en el Instituto con la Fiscalía, desmejorando las posibilidades reales de la defensa. Claro está, al menos en este instante, la Comisión Redactora no parece ocupada en este particular aspecto; en cambio preveía la necesidad de acceder a los

54 Dr. Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra.

55 Reunión correspondiente al 30 de mayo de 2003. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra. Página 432.

servicios de medicina legal por parte de la defensa, en la medida en que no disponía de los medios ni los recursos para obtener la prueba a través de vías distintas.

La importancia de preestablecer reglas de obtención y tratamiento de elementos materiales probatorios

Es claro, al menos en este momento específico del debate, que los creadores del proyecto de código siempre atendieron las necesidades de un nuevo manejo de la prueba, mucho más complejo, y que tiene origen en la recolección de los elementos materiales probatorios y las entrevistas e interrogatorios a los testigos⁵⁶. Tal situación impone nuevas exigencias, pues un proceso de recolección opuesto a los estándares técnicos o, dado el caso, opuesto al sistema legal, afecta seriamente las posibilidades probatorias. En efecto, al debatir acerca de la norma relacionada con la actividad de policía judicial en la investigación, no fue objeto de discusión la obligación de identificar, recoger y embalar “técnicamente” los elementos materiales probatorios, así como grabar magnetofónicamente o fonópticamente las entrevistas e interrogatorios, sometiéndolos a cadena de custodia⁵⁷.

La misma tendencia se observa al asumir el tema de las entrevistas. De acuerdo con el artículo propuesto a la Comisión, cuando la policía judicial concluya que existe la necesidad de practicar una entrevista, procederá “observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo”. Incluso se hizo mención al cuaderno de notas que debe llevar el investigador para registrar las observaciones pertinentes.

Advirtiendo que no fue objeto de oposición, se aprecia el propósito de sujetar las entrevistas a metodologías que resulten apropiadas a un eventual debate probatorio que tenga por objeto la entrevista de manera directa o indirecta.

Referencia e inclusión del programa metodológico, como guía para el fiscal y la remisión legal a los manuales de criminalística

La Comisión Redactora Constitucional, a diferencia de la Secretaría Técnica, parecía ser particularmente consciente no solo de las nuevas exigencias en materia

56 Será objeto de apreciación posterior que un manejo de la prueba estricto debe tener inicio desde el mismo diseño de la investigación e, incluso, en la configuración preliminar de la teoría del caso.

57 Es de anotar que respecto de esta norma se presentó una propuesta sustitutiva.

de manejo de la prueba, sino particularmente de las deficiencias que registraban los abogados colombianos en la materia que, como intérpretes y primeros convidados a la hermenéutica judicial, precisaban de una guía que consideraron debía ser la legal, informándolos acerca de los procedimientos requeridos.

Recuérdese que una característica del anteproyecto fue que parecía dirigido a personas aptas para aplicarlo idóneamente. Mientras que la tendencia manifiesta de la Comisión fue asumir las deficiencias e incrementar la legislación para otorgar herramientas al abogado que se aproximaba un tanto inocentemente al código.

Es por ello que, en relación con el programa metodológico, la propuesta inicial no incluía mención alguna a procedimientos que consultaran metodologías o técnicas en particular, lo cual desató la necesidad de incorporarlas. Así lo expresó uno de los comisionados: “Se debe dejar alguna norma que indique que en la investigación se seguirán las técnicas modernas de investigación y conforme a los manuales”. Idea que fue bien recibida por los demás comisionados y generó la devolución de la norma propuesta⁵⁸. Incluso, se agregó como argumento que el fiscal debía estar en condiciones de corregir a los investigadores a fin de reconducirlos cuando desatendieran durante su actividad las normas técnicas previamente aludidas. Así mismo, hubo acuerdo en que el tema de las técnicas que deben observar los investigadores, por ser tema especial, se tratase en manuales especializados, mientras que el código se limite a remitir a los funcionarios a dichos manuales.

A propósito de la discusión en torno a la norma que refería el cumplimiento de actividades de investigación por parte de miembros de la Policía Nacional sin ser policía judicial, se reiteró la importancia de los manuales que definieran las técnicas que se encuentran obligados a observar los investigadores. Más aún, se puntualizó: “el país no ha avanzado en la aplicación de la criminalística precisamente por falta de pedagogía sobre la materia. Si bien es cierto desde hace muchos años se viene hablando de la prueba técnica, esta no se ha llevado a los procesos porque los funcionarios han seguido con el convencimiento de trabajar únicamente con la prueba testimonial”⁵⁹.

58 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra páginas 436 y ss.

59 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 441.

Es claro, en consecuencia, que los creadores del código siempre fueron conscientes de las exigencias que planteaba el nuevo sistema de enjuiciamiento, en materia de manejo de la prueba. Al respecto, la máxima preocupación estaba cifrada en la formación académica de los abogados, pues eran así mismo conscientes de su situación. Como puede apreciarse, esta contingencia quiso superarse mediante la producción de manuales, lo cual, como lo acredita la práctica judicial, no parece ser una medida con aptitud suficiente.

Por otra parte, es inquietante que la preocupación se haya planteado exclusivamente respecto de las investigaciones que realiza la Fiscalía, olvidando que tal formación la demandan los abogados restantes. Desbalance lamentable, precisamente porque las nuevas exigencias provienen del esquema procesal, no del extremo que se ocupe a propósito de la litis. Así que el éxito del esquema de enjuiciamiento en términos de justicia material reclama tanto del fiscal como del defensor la suficiente formación y destreza en técnicas de investigación como de manejo de la prueba.

Primera aproximación a las investigaciones de la defensa

Característica del sistema que muy bien entendían los comisionados, era que la defensa precisaba realizar investigaciones, por consiguiente enfrentarían los litigantes las nuevas demandas propuestas por el sistema en materia probatoria.

Así surge de las actas que contienen las deliberaciones que estas nuevas exigencias investigativas y, muy particularmente, sobre el manejo de la prueba del nuevo modelo procesal se imponían como inevitables también a los defensores⁶⁰.

60 Se constata que acerca de las investigaciones que deben adelantar los abogados defensores no fue mucho lo que se dijo durante las reuniones del 14 y 21 de febrero de 2003 (actas 05 y 06), cuando se debatió respecto del principio rector del derecho de defensa, tampoco ocupó a los comisionados durante la reunión del 30 de mayo consignada en el acta 19, en donde se discutieron las normas sobre defensa. Sin embargo, en otras deliberaciones el tema fue al menos invocado, como por ejemplo durante las discusiones relacionadas con la formalización de la investigación. Cfr. "la tarea de la defensa hasta antes de la acusación y a partir de la formalización no es otra distinta que ver que [SIC] tan serio puede ser un cargo, informar a su cliente que [sic] elementos puede reunir por su cuenta y, excepcionalmente, en igualdad de condiciones, la práctica de una prueba anticipada que garantice la contradicción [...] El temor que se ha venido generando es que la formalización de la investigación se convierta en lo que hoy se conoce como la etapa de instrucción en el esquema inquisitivo mixto y se desnaturalice el sistema porque se estaría practicando toda la prueba antes de la acusación por lo cual se debe ser muy restrictivo y, si además, se amplía como lo propone el inciso 2°, a prácticas anticipadas de prueba antes de la formalización, es decir, antes que la fiscalía considere siquiera que hay un cargo, se desnaturaliza totalmente el sistema ya que se está convirtiendo a la defensa casi en un acusador de sí mismo. Señaló que si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va

•Construcción de la realidad en el espacio judicial•

Es así que cuando se debatió la norma sobre dirección de la defensa, uno de los comisionados hizo la siguiente advertencia:

teniendo en cuenta el sistema acusatorio, se había propuesto un cambio para tener mayor flexibilidad en el numero [sic] de defensores. En el sistema actual, donde el proceso es escrito, es conveniente que solo se dé la posibilidad de un principal y un suplente, pero en una audiencia donde hay que hacer investigación, realizar interrogatorios y contrainterrogatorios, alegaciones iniciales y finales puede ser estratégico para la defensa que lo cumplan varias personas, las que puedan ser necesarias. Por tanto se debe replantear el tema⁶¹.

Aún cuando la discusión se aplazó, lamentablemente la propuesta no fue acogida, contribuyendo de esta forma a la desnaturalización del enjuiciamiento.

Lo cierto es que la Comisión descuidó profundizar el tema de las necesidades de formación en técnicas de investigación y manejo de la prueba respecto de los defensores y, en fin, de abogados diferentes a los que intervienen en representación de la Fiscalía, puesto que ni siquiera en el momento de debatirse la nueva reglamentación de la Defensoría Pública asumieron el tema en particular y con el cuidado que reclamaba su reglamentación, al punto que en la actualidad se carece de un régimen para el desempeño de los investigadores privados⁶².

a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga". Dr. Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit supra. Página 475.

La naturaleza misma de la formalización "implica la presentación de unos hechos, lo que implica al menos una imputación fáctica que se complica más cuando se solicita la imposición de una medida de aseguramiento, porque esta depende de una calificación jurídica provisional. Indicó que el contenido de la formalización al activar el derecho de defensa es recoger elementos materiales, lo que se puede asegurar con una buena estructura del juicio, dando términos adecuados dentro del mismo, que se lea la acusación, se presenten las pruebas por parte de la Fiscalía, y entonces, ahí se le da un plazo generoso a la defensa con prórrogas para que realice su defensa, la Corte tendrá efectos tangibles y no unas circunstancias que llevan a unos problemas propios de una figura que no es connatural al sistema, como la formalización de la investigación. Por lo anterior, sugirió si se justifica la inclusión de la etapa de la formalización de la investigación". Dr. Andrés Ramírez. Osorio Isaza. Ob. Cit supra. Página 476.

"Ya existe un acuerdo en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral". Dr. Gustavo Morales Marín, Osorio Isaza. Ob. Cit supra, página 663.

61 Dr. Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 451.

62 Reunión del 4 de julio de 2003, correspondiente al acta N° 26.

Sobre el régimen probatorio en particular y su relación con la formalización de la investigación

Concretamente, el tema de las pruebas se discutió a partir de la reunión cumplida por la Comisión Redactora el 7 de julio de 2003⁶³. Refiriéndose a la calidad de los elementos materiales probatorios se insistió en que antes del juicio oral no tendrían sino condición de “evidencia”; a propósito de lo cual hubo de hablarse también de la posibilidad de practicar pruebas antes del juicio oral⁶⁴.

Una posición coherente con la naturaleza y dinámica del procesamiento penal acusatorio y adversarial mantenía la total imposibilidad de judicializar pruebas con anterioridad al debate público, pues tener como prueba cualquier elemento que no se lleve y contradiga en juicio oral, salvo la denominada prueba anticipada, resulta decididamente contradictoria frente a los principios consagrados en el Acto Legislativo 03 de 2002. Otros comisionados se resistían a descartar la ausencia de pruebas practicadas con anterioridad al juicio oral, entendiendo que sin ellas se minaba la potestad investigadora de la Fiscalía. Incluso hubo quien propuso una extraña clasificación entre “pruebas constituidas y pruebas por constituirse”, sosteniendo que un documento, por ejemplo, era prueba desde un principio, en tanto que un testimonio únicamente cuando se practique en juicio oral.

A esas alturas del desarrollo de las deliberaciones no se había sorteado el tema de conflicto más determinante que se presentó durante las deliberaciones, consistente en decidir entre la formalización generalizada o excepcional de la investigación.

Es así que se presentaron dos posiciones: una que pretendía una formalización operada a través de la acusación, lo cual, por cierto, es perfectamente compatible con el esquema de procesamiento acusatorio y adversarial. Esta misma posición acogía la posibilidad de formalización anticipada cuando fuese requerida la imposición de una medida de aseguramiento y cuando se precisara anticipar la práctica de pruebas frente a situaciones de pérdida inminente del material demostrativo. Esta posición sigue siendo apropiada al esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial.

.....
63 Corresponde al contenido del acta N° 27.

64 Véase por ejemplo la intervención del Doctor Darío Garzón. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 658.

La otra posición abogaba por una formalización generalizada. Significando que siempre que existiesen actos de investigación, debía convocarse a la audiencia de imputación para desatar el derecho de defensa. Tal aserto fue derivado de la interpretación del artículo 29 de la Carta según la cual durante toda investigación y en su integridad se tiene derecho al ejercicio de la defensa. Esta posición, que fue la que terminó imponiéndose, no consulta la esencia misma de procesamiento acusatorio y adversarial.

En efecto, es característico del enjuiciamiento de naturaleza adversarial que existan pretensiones encontradas entre las partes, es decir, entre el fiscal y el defensor. Sin embargo, quien desata la litis es, inevitablemente, el fiscal, aun cuando medie una intención de confesar los delitos por parte del procesable, porque si el fiscal no está dispuesto, por una u otra razón, a acusar, no cabría la posibilidad de un contradictorio. Por otra parte, la única forma como un fiscal determina si acusa o no lo hace es a partir de una investigación, extensa o no, pero siempre al haber agotado en mayor o menor medida una investigación. Solo al llegar a cierto instante de la misma puede el fiscal decidirse por acusar o no hacerlo. Con anterioridad, y de manera excepcional, pueden surgir situaciones que anticipen de alguna forma el debate, y es por ello que en dichas situaciones se justifica la necesidad de una formalización precipitada. Tales excepcionales situaciones que, como se indicó, precipitan el debate probatorio, de suyo demandan la participación del defensor en tanto parte procesal y, por ello mismo, es preciso que se formalice la investigación. Esas situaciones excepcionales son, ciertamente, cuando el fiscal pretender gravar a la persona que investiga con una medida de aseguramiento y la práctica de prueba anticipada que, por cierto, puede ser a favor del investigado pero, dado que puede desaparecer la prueba sin controversia, se justifica plenamente que en este caso se formalice la investigación.

En cambio, una formalización generalizada conlleva que, aún sin saberse si el fiscal tiene intenciones de acusar, afectar con medida de aseguramiento o practicar pruebas previas al juicio oral, público y concentrado, fuerce a la persona del investigado a intervenir como si el fiscal fuese a acusarlo cuando probablemente dicha posibilidad ni siquiera exista. Es decir, se entraba la litis cuando ni siquiera existe el conato de pretensión del fiscal.

Inconvenientes adicionales aparecen en la medida en que no es claro si se debe formalizar la investigación desde que el fiscal realiza el primer acto de

investigación; si es preciso formalizar aun cuando el fiscal tenga razones para archivar o demandar la preclusión. Como también se desata un sinnúmero de audiencias de formalización innecesarias y, por consiguiente, congestión en el servicio de defensoría pública y, en general, desgaste evitable del procesado tanto en su patrimonio económico, como psicológico y moral⁶⁵.

Tampoco puede desconocerse que la necesidad de formalizar la totalidad de las investigaciones abre el camino a prácticas interesantes y novedosas como, por ejemplo, la posibilidad de aproximación del defensor con el fiscal, de suerte que si el defensor se encuentra en condiciones de contribuir en la investigación del fiscal, para impedir una acusación injusta o controvertible, lo apoye para evitar los actos procesales subsiguientes. De esta forma lo que se sugiere es un cultura judicial basada en la transvaluación de los roles del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, en favor de esquemas de cooperación entre las partes, lo cual resulta indudablemente deseable aunque, antes bien, un experimento que reclama análisis de contenido “etológico-judicial”, al descubrir una cualidad particularmente interesante del espacio judicial colombiano.

Qué tanto tiene que ver esta discusión con el manejo de la prueba se evidencia no solo en que llevó a retomar la discusión hasta conducir a su solución, sino en que permitió precisar que se trata de una temática que atañe no solo a la Fiscalía sino también a la defensa y, en general, a todos los abogados que intervienen en favor de pretensiones específicas. Por ser tan determinante y estar íntimamente asociados los dos temas, tanto que en algún instante corrieron paralelos, fue precisamente con ocasión de esta discusión que se zanjó la disputa a favor de la formalización generalizada.

La convergencia de la formalización y el manejo de la prueba se expresó específicamente en que ya existía acuerdo, “en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral y público”⁶⁶. Es decir, el reconocimiento del abogado defensor como uno de los que se le exige para el cumplimiento de

65 Un análisis a profundidad de este tema puede encontrarse en Manuel Fernando Moya Vargas. *Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo. 2007.

66 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 663.

•Construcción de la realidad en el espacio judicial•

su rol en el espacio judicial era ya un presupuesto a partir del cual se debatiría la procedencia de la formalización generalizada o excepcional.

Incluso, los partidarios de la formalización excepcional sostuvieron una idea semejante al reconocer que la defensa, en el procesamiento acusatorio y adversarial, se concreta en

la posibilidad [de defensa] antes de la vinculación, es decir, dentro del marco de la legalidad la persona puede recolectar información, pero justamente es por fuera del proceso, porque como tal todavía no hay proceso [...] la investigación es anterior a la acusación, pero no se agota con ella, porque la Fiscalía sigue investigando después de acusar, investiga durante la practica [sic] de pruebas, incluso en el juicio, así como también lo hace la defensa una vez tenga alguna noticia antes pero sobre todo a partir del descubrimiento de la prueba si lo quiere, y en esa medida, el artículo [sic] 29 se salva⁶⁷.

Ciertamente, las exigencias que plantea el nuevo paradigma procesal en materia de manejo de la prueba generan una ruptura que conlleva un alejamiento de las prácticas propias de la Ley 600 de 2000. Acaso ello haya influido a tal grado a un número importante de integrantes de la Comisión Redactora, de suerte que sus preconceptos napoleónicos, antes que autorizadas razones jurídicas y de justicia material, los hayan decidido a persistir en ideas como el sostenimiento de la formalización generalizada sin percatarse de los alcances de la modificación, pese a que fueron alertados al respecto,

antes de la acusación –se les advirtió– el valor probatorio es cero, pero en el juicio es diferente, porque este es el centro de gravedad, es decir que debe ser en el juicio y no en la instrucción. Agregó que en esta etapa de juzgamiento no se deja de investigar. Citó como ejemplo los casos en que se practica la prueba en juicio y un testigo declara una coartada, en ese caso la Fiscalía tendrá que investigarla y precisamente sería en la audiencia pública de juzgamiento donde esto tendría lugar y se corroboraría. Explicó que lo mismo hace la defensa, porque toda la prueba es en el juicio oral, por lo que reiteró que se debe cambiar el paradigma inquisitivo⁶⁸.

Tras haberse determinado por mayoría que las investigaciones se formalizarían de manera generalizada, uno de los comisionados requirió que la discusión fuera nuevamente centrada en el tema de las pruebas⁶⁹.

67 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra páginas 666-668.

68 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 670.

69 Esta decisión fue adoptada por la Comisión Redactora Constitucional el 7 de julio de 2003, conforme consta en

La fijación en el juicio oral y la preocupación por las deficiencias culturales

Surge de las deliberaciones que el articulado originalmente propuesto constaba de dos partes: la primera desarrollaba el tema de la recolección de los elementos materiales probatorios y, la segunda, la práctica de la prueba en juicio oral. Del capítulo segundo, que fue objeto de conciliación⁷⁰, se habrían suprimido inicialmente diecinueve normas, sin explicación conocida, por parte de la subcomisión encargada⁷¹. De la misma forma, es claro que acerca de las disposiciones del capítulo primero no hubo diferencias importantes. Frente a la situación se dispuso reabrir el debate en punto a las normas eliminadas.

Significando lo anterior que acerca del capítulo de pruebas las discusiones se centraron únicamente en su práctica durante el juicio oral. Pese a ello, surgió la recomendación de cerciorarse sobre las técnicas de investigación y la investigación en sí misma.

Enseguida se discutió acerca de qué normas se sujetarían a nuevo estudio, precisamente porque la aprobación de la formalización generalizada implicaba articular las disposiciones con esta novedad del organigrama procesal. Ello se observó a propósito de una manifestación de la Fiscalía General de la Nación, que exigió explicaciones acerca de por qué la prueba anticipada debía ser conservada por el fiscal y no por la policía judicial. Un representante de la misma entidad advirtió que “las eliminaciones se hicieron bajo el criterio general de casuismo, pero no se alcanzó a hacer la depuración completa”⁷².

Es importante destacar que la Comisión fue consciente de las deficiencias culturales que ostenta el país en materia del manejo de la prueba de forma apropiada a un esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Es así que frente

el Acta 27. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 670. Lo que deja bastantes dudas es que la decisión se haya tomado por mayoría y que apenas uno de los integrantes haya votado contra la formalización generalizada, cuando quienes lo acompañaron en la idea de excepcionarla no habían cambiado de criterio, ni les habían formulado argumentos mejores a los hasta ahora expuestos. Sobre este comportamiento de los comisionados, véase Manuel Fernando Moya Vargas. Ob. Cit. supra.

70 Pese a no ser suficientemente clara el acta, al parecer hubo dos propuestas: una proveniente del texto preparado por la Secretaría Técnica y otra proveniente de la Fiscalía.

71 Véase la observación del Dr. Jaime Granados Peña, obrante en el acta N° 27. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 676 in fine.

72 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 678.

a la propuesta de eliminar la inclusión en una norma de la necesidad de rotular las evidencias, se dijo en contra:

antes de la conciliación, era partidario de trabajar sobre protocolos y esa fue la tesis del anteproyecto que preparó la Corporación, pero durante la conciliación, el señor Vicefiscal lo convenció de la importancia pedagógica en un país que carece de tradición en esa materia, en donde se tienen enormes falencias de las normas contenidas en el Capítulo V. Es, por la importancia que tiene el fetiche informativo en nuestro país, donde si no está en un texto con fuerza de ley, la gente no lo obedece; por lo anterior consideró relevante mantener lo consagrado, porque está técnicamente bien elaborado y aunque se puede establecer en un manual de Criminalística, se deben tener en cuenta los otros factores⁷³.

Posteriormente se refirieron a las dificultades de tener varios organismos con funciones de policía judicial permanentes, lo que genera duplicidad de investigaciones, y se propuso autorizar al Fiscal General para expedir manuales que le permitieran especializar dichos organismos.

La demanda de fortalecer las posibilidades de la Fiscalía General de la Nación y la oposición del principio de dignidad humana

Otro tema que se abordó fue el de la inspección corporal, respecto de lo cual la Fiscalía General de la Nación propendía a recibir facultades en este sentido, frente a lo cual se opuso que cuando las personas no se someten a dicha inspección tampoco existe forma de obligarla, debiéndose acudir a otros mecanismos. Y en todo caso, de mantenerse la propuesta de la Fiscalía se precisaba de una regulación pormenorizada en garantía de los derechos de dignidad e intimidad.

La Fiscalía se sostuvo en su propósito señalando que por ser Colombia un país

en donde permanentemente se están retractando los testigos, si resulta necesario practicar una prueba de sangre para cotejar la presencia de una persona en un crimen, el Estado no se puede limitar a que dicha persona dé su consentimiento. Consideró que si es inocente con mayor razón se debe practicar porque se desvincula con una prueba científica. Adicionalmente, precisó que no se debe limitar aún más la precaria capacidad de prueba de prueba científica que tenemos en Colombia

.....
73 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 678.

por la supuesta violación a la dignidad de las personas, porque se trata de un procedimiento absolutamente utilizado hoy en el mundo entero⁷⁴.

Frente a tal criterio se opuso la existencia de alternativas que no afectan la dignidad humana y, si bien otros derechos pueden encontrarse impactados, ello puede superarse con fundamento en orden judicial; lo que en cambio no es viable men- guar ni siquiera con base en orden judicial es precisamente la dignidad humana. En sustento se rechazó el recurso a autores que con base en la ley y jurisprudencia norteamericana habían desarrollado el tema⁷⁵, puesto que “Estados Unidos es un país atrasado en la materia”, conforme lo expuso un comisionado.

La Fiscalía estimó que las indicaciones para evitar afectaciones a la dignidad humana podían consignarse en manuales de criminalística.

Frente a dicha posición se insistió en que la dignidad humana es el límite infranqueable a la investigación penal.

Más aún, como propuesta alternativa se sugirió incluir limitantes ónticos como los criterios de “razonabilidad, alternación, evaluación y ponderación”. Incluso, se propuso condicionar expresamente la práctica de este tipo de acciones sobre el cuerpo cuando no hubiese otros medios; en rechazo se adujo que “des- encadena en que el defensor siempre señalará cualquier otro metodo [sic] como mas [sic] razonable”⁷⁶.

La discusión se concluyó recordando que la disposición ya había sido apro- bada, es decir, se reclamó centrar la discusión sobre las normas que habían sido suprimidas. Inmediatamente se entró en el análisis de la norma relacionada con la obtención de muestras en la escena del hecho.

La reiteración de pretender regular minuciosamente algunos aspectos de la práctica de la prueba y su relación con el manejo de la prueba

Lo primero que se señaló respecto de la norma proyectada fue que “por exceso de casuismo” no previó elementos como las vainillas de los proyectiles; así mismo, que “los verbos rectores empleados son actividades que se deben regir, no dentro del código, sino que son objeto de la ciencia Criminalística”.

74 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 680.

75 Se refirieron específicamente a Ernesto Shesseeer.

76 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 684.

Frente a lo anterior se llamó la atención acerca del carácter no taxativo que tiene este tipo de disposiciones, como también acerca de la importancia relacionada con que la regulación resulte lo más detallada posible, anticipando soluciones a problemas específicos. El argumento más significativo que se invocó respecto de un código lo más pedagógico posible fue la resistencia que se intuía respecto al cambio de modelo procesal. Específicamente se dijo “debido al cambio de sistema son muchos los retos que hay que enfrentar, muchas dificultades para comprenderlo, de tal manera que entre más pedagógico sea el código en su redacción, mucho mejor”⁷⁷.

En adelante las deliberaciones se ocuparon de temas puntuales en los que se desatacaron sus relaciones directa o indirectamente con el manejo de la prueba. Así, por ejemplo, respecto de las inspecciones se explicó y hubo consenso acerca de la necesidad de tratar en normas diferentes la inspección de la escena del delito y la que se realiza en lugares diferentes. Las diferencias suscitadas no tuvieron otro alcance que lo meramente sintáctico.

Siguiendo adelante la deliberación, uno de los comisionados reclamó le explicaran por qué suprimir la norma sobre exhumación. La explicación de la Fiscalía General de la Nación fue que consideraban la exhumación como una forma de inspección, que la regulación no concernía al código de procedimiento penal y que en muchos lugares del país no se contaba con médicos forenses. De cualquier forma se prefirió incluir la norma sobre exhumación, sin restringir la intervención al Instituto de Medicina Legal, sino ampliándolo al “centro” de Medicina Legal.

Al entrar en el análisis de la norma que facultaba los registros con orden previa del fiscal, se hizo nuevamente la observación del por qué se pretendía eliminar una serie de normas importantes en materia de registros y allanamientos, entre otras precisamente la que se entraba a analizar⁷⁸. Explicó la Fiscalía que un registro realizado con consentimiento del poseedor no tenía las connotaciones de registro ni allanamiento. Frente a ello se ilustró con la situación de la captura en flagrancia donde no media orden previa, sin que por ello deje de ser captura. Habiéndose observado que, además, existen situaciones extremas

77 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 685.

78 Se llama reiteradamente la atención sobre este inusitado hecho, debido a que al parecer fue al interior de la Fiscalía General de la Nación que se hicieron las supresiones, cuando la única entidad facultada para adoptar una decisión de tal alcance era la Comisión Redactora Constitucional.

como el llamado consentimiento presunto era necesario dejar la disposición tal y como se decidió finalmente.

Refiriéndose la Comisión al llamado “registro de buena fe”, mediante el cual no son excluibles las pruebas obtenidas en allanamientos y registros irregulares cuando la policía judicial obró de buena fe, se mencionó específicamente que una de las materias más complejas en el procesamiento acusatorio y adversarial es el manejo de la prueba, específicamente, cuanto hace a su admisibilidad, y que dicha dificultad, al cabo por la alteración cultural, justificaba que la ley fuera lo más detallada posible: “este es uno de los temas más importantes en el debate de un sistema acusatorio y recalco que en la admisibilidad de la prueba es donde más énfasis se hace, por lo que no se puede afirmar que esté sobrando, sino que, por el contrario, se puede criticar que esté haciendo falta”⁷⁹.

Reiteración relacionada con las deficiencias en la formación de los abogados. Segunda aproximación a las investigaciones de la defensa

Como era de esperarse, al momento de debatir el proyecto de ley sobre el Sistema Nacional de Defensoría Pública, se retomó el tema relacionado con las investigaciones y el manejo de la prueba. De nuevo se hicieron evidentes las deficiencias que un país como Colombia enfrentaría al implementar el enjuiciamiento de corte acusatorio y adversarial. Por una parte, se llamó la atención acerca de la total ausencia de tradición cultural en cuanto al desarrollo de investigaciones a instancia de la defensa, como mecanismo preparatorio necesario para el desarrollo de su labor.

De otro lado, se dijo que tampoco existía la infraestructura académica que la desarrollara y, específicamente, se habló de la falta de escuelas de criminalística.

Como puede observarse, tales vacíos conllevan inevitablemente al diagnóstico de que los abogados colombianos carecen de formación en cuanto al manejo de la prueba.

Se dijo específicamente acerca de las investigaciones privadas de la defensa:

es un aspecto muy importante [...] de acuerdo a la experiencia latinoamericana, en general los esquemas han fallado en este aspecto [...]: En primer lugar, frente al artículo 47, sobre la experiencia de cinco años para los investigadores, si se tiene en cuenta que en Colombia no hay investigadores particulares, las personas que se dedican a ello per-

79 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 692.

•Construcción de la realidad en el espacio judicial•

tenecen a los cuerpos de investigadores del Estado. Por lo anterior, propuso establecer un mecanismo de transición para revisar las calidades de los investigadores. En segundo término, frente al artículo 48, que hace referencia a las pruebas y técnicamente no corresponde porque se debería hablar de elementos cognoscitivos⁸⁰.

Como puede apreciarse, se estaba discutiendo si se exigía a los investigadores de la Defensoría Pública una experiencia mínima de cinco años. Como propuesta alternativa del propio Defensor del Pueblo, se sugirió que en cambio se exigiera una “experiencia comprobada”, lo cual no parecía ser solución, en consideración a que “en un país que no tiene escuelas de Criminalística esto es complicado”⁸¹.

La importancia de las actividades de investigación y la necesidad de regular las investigaciones de los investigadores privados

De la misma forma, se observó la significación que adquiriría en el campo jurídico y el espacio judicial la figura de los investigadores, advirtiendo que su rol sobreviviente lo investía de particulares potestades que, por su naturaleza, demandaban un efectivo control sobre su actividad. Específicamente se echó de menos el que los investigadores no tuviesen la misma formación de un abogado.

Así mismo, debido a que los investigadores podrían prestar sus servicios tanto a defensores públicos como a abogados de confianza, se propuso que todos los investigadores debieran obtener reconocimiento como tales, en la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

A esta altura de la discusión se dejó claro que la investigación privada⁸² no podía considerarse un privilegio de la defensa pública, puesto que el proceso acusatorio y adversarial suponía que el defensor, sea público o de confianza, debía estar en condiciones de realizar o contratar los servicios comprometidos en un proceso de investigación, con base en el cual desarrollar su actividad profesional.

Las labores de investigación, conforme al criterio que se expuso, constituyen una actividad destacada por ser definitiva para el proceso penal; además, por comprometer actos de actores privados que en mayor o menor medida influyen en la

80 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 749.

81 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 749.

82 Durante las discusiones de la Comisión Redactora Constitucional se ha venido empleando la expresión “investigación privada”, para distinguirla de la investigación que realizan los miembros de policía judicial.

actividad ordinaria de las personas privadas, afectando de una u otra forma sus derechos fundamentales, se estimó necesario que el Estado entrara a regularla; no obstante, ello debía ejecutarse en los escenarios legislativos correspondientes, dado que, en sentir de los comisionados, tal temática resultaba ajena a las funciones atribuidas a la Comisión mediante el Acto Legislativo N° 03 de 2002. En reconocimiento del momento histórico de implementación del procesamiento penal acusatorio y adversarial, se estimó que por carecer el país de formación en investigación, a quienes aspiraran a oficiar como investigadores de la Defensoría del Pueblo no podía exigírseles sino los mínimos requisitos, mientras se decanta la práctica judicial.

Al respecto se expuso:

la investigación privada se requiere independientemente que la defensa sea pública o privada, por lo que el Estado debe reglamentar el ejercicio de la investigación privada, necesidad que trasciende de la misión de la comisión y en atención a que ello no se ha realizado, en su concepto solo se debe requerir el título de idoneidad. Frente a los investigadores de la Defensoría Pública manifestó que puede exigirse más requisitos, sin embargo reiteró que durante la transición, ello no vale la pena porque se haría inaplicable la norma y no se podrían contratar⁸³.

En los términos planteados la Comisión aprobó las normas relacionadas con el ejercicio de los investigadores⁸⁴.

Conclusiones

Enseguida se abordarán las deliberaciones del Congreso de la República tanto en Cámara como en Senado, en relación con las disposiciones del proyecto asociadas con el manejo de la prueba. Las diferencias con respecto a las de la Comisión Redactora Constitucional saltan a la vista. Indudablemente, las de la Comisión resultan destacadamente técnicas en comparación con las del Congreso, en donde se apreciaron aspectos extrajurídicos manifiestos, lo cual se explica entre otros por la vocación de cada una.

La Comisión Redactora resultaba mucho más y mejor informada acerca de la administración de justicia y de lo que significaba en términos de prácticas judiciales una reforma tan radical como la que se estaba operando. Aun cuando es

83 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 750.

84 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 752.

preciso observar que las condiciones de las dos eran destacadamente distintas, pues mientras que la Comisión Redactora estaba presidida y contaba con una importante presencia permanente de sus representantes, normalmente más numerosos que los de las demás entidades, el Congreso resultaba liberado de dicha presión, lo cual explica la libertad que se permitieron para manifestarse respecto de las prevenciones que les generaba la Fiscalía.

El carácter técnico de la Comisión Redactora, pese a la presidencia del Fiscal General de la Nación, le imprimió un carácter eminentemente jurídico al proyecto, si bien en aspectos determinantes se separó del anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica, por ejemplo, respecto de la formalización de la investigación, lo cual, sumado a la consciencia mayor que les asistió respecto de las condiciones de los destinatarios del nuevo código, llevó a que mantuvieran un manifiesto propósito de ajustar la ley cuanto más se pudiera a esas condiciones sociales que enfrentaría a los operadores del espacio judicial.

La estructura del anteproyecto no resultó coincidente con la del proyecto producido por la Comisión Redactora. Y aún cuando la idea de la formalización no era clara ni siquiera para el equipo que desarrolló el anteproyecto⁸⁵, el haberse optado por la formalización generalizada se justificó en la necesidad de garantizar el derecho de defensa integral durante el proceso. Luego, si la formalización era el acto que desataba el derecho de defensa, se precisaba generalizarla para así poder permitir que el defensor desatara los procesos investigativos pertinentes para contrarrestar al fiscal.

Consecuentes con tal postura se procuró desarrollar con algún detenimiento temas puntuales del manejo de la prueba, no porque hubiese habido la intención de introducir en el código un manual de criminalística, como se adujo sin fundamento serio alguno en el Congreso, sino porque los redactores consideraron que no podían asaltar el país con un estatuto completamente novedoso, sin proveerles herramientas epistémicas mínimas.

La verdad sea dicha, el Congreso no hizo aportes significativos al proyecto, incluso las discusiones desatadas están todas referidas a temas presentados y decantados en la Comisión.

.....
85 Si se revisan las actas de la Comisión Redactora Constitucional, se advierte que el Dr. Jaime Granados Peña sostuvo que "la formalización es necesaria de conformidad con el artículo 29 de la Carta y de la filosofía que inspira el desarrollo del Acto Legislativo". Osorio Isaza Ob. Cit. Supra. Página 471. Sin embargo, en las reuniones subsiguientes en que se debatió el tema asumió la posición contraria, defendiendo la necesidad de consagrar la formalización excepcional, contrariando incluso su propuesta contenida en el anteproyecto cuya elaboración presidió.

EL PASO DEL PROYECTO POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Si bien las deliberaciones cumplidas en el Congreso se distinguen por su fidelidad, en líneas generales, al proyecto cumplido por la Comisión Redactora Constitucional, la ponencia, así como algunas intervenciones que en concreto trataron el tema de la nueva perspectiva probatoria, permiten consolidar la visión de la Corporación en cuanto a las exigencias planteadas en el enjuiciamiento diseñado a través de la Ley 906 de 2004.

La primera aproximación corporativa del Congreso al proyecto estructurado por la Comisión Redactora Constitucional tuvo por partida la exposición de algunos académicos —uno de ellos corredactor—⁸⁶ acerca de su posición frente al texto que se disponían a discutir. De dichas exposiciones surgen varias situaciones que conviene estimar al considerar las consecuencias que se derivan de su análisis, así como su proyección sobre las prácticas judiciales que ya empezaban a asomar. En primer lugar, es evidente el rechazo radical de ese sector académico al proyecto; a tal efecto se apoyaron los detractores, antes que en especiales criterios que sentaran las bases de una polémica seria sobre el procesamiento acusatorio y adversarial o análisis jurídicamente sustentados de las distintas instituciones comprometidas en el mismo proyecto, en advertencias acerca de la inviabilidad del código respecto de la realidad nacional, conclusiones inferidas a partir de la experiencia personal

.....
86 Se trata del Dr. Jaime Granados Peña, quien, sin embargo, defendió en términos generales el proyecto, sin entrar en debates específicos respecto de los otros dos que le precedieron y que criticaron acerbamente la propuesta.

acerca de la cultura judicial del país y, más aún, a propósito de la imposibilidad de cumplir las exigencias económicas, tanto del sector público como privado, a partir de las cuales estaba llamada a implementarse la modificación judicial.

Así mismo, si bien sus manifestaciones en contra del proyecto fueron poco o nada consideradas al momento de su aprobación por parte del Congreso, tal vez a causa de su falta de consistencia argumentativa, en sí mismas constituyeron un augurio acerca de la resistencia que en la práctica observaría el nuevo código por parte de los actores judiciales, con una clara injerencia en la producción jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, al cabo, vendría a constituir una verdadera expresión contracultural respecto del modelo de enjuiciamiento que ha querido conformarse a partir del Acto Legislativo 003 de 2002.

Por otra parte, ninguna de las exposiciones se sustentó en estudios a partir de los cuales pudieran verificarse las condiciones que los académicos señalaron como obstáculos a la implementación del proceso acusatorio y adversarial. En cambio, sus afirmaciones parecen basarse en su conocimiento y experiencia personales, si bien carentes de metodologías científicas y verificables, como ha sido tradición en nuestro medio al momento de adoptar determinaciones legislativas tan profundas como la que venía implementándose a partir del Acto Legislativo 03 de 2002.

De manera que, si bien estas personas estaban asistiendo al Congreso de la República respecto de un proyecto en que al menos dos de los intervinientes que hicieron referencia concreta al aspecto probatorio no participaron de la Comisión Redactora, su injerencia en la consolidación del mismo habría sido mínima, contrario a lo que sucedió con varias de las reformas precedentes, mediante las cuales se impulsó el esquema de enjuiciamiento napoleónico o mixto, y cuyas comisiones redactoras estuvieron profundamente influidas por ellos, cuando no dirigidas por ellos mismos, con implementaciones que participaron de las mismas características deficitarias de la presente, es decir, sin metodologías científicas de verificación que sustentaran el advenimiento de las reformas más allá de las experiencias personales.

Interesa para los efectos de este proceso investigativo destacar sus muy escasas y particulares manifestaciones referidas al manejo de la prueba, en que fulge la tendencia desde los primeros y más tímidos pasos de la implementación, a oponer los criterios apropiados al enjuiciamiento napoleónico en cuanto a la construcción de la verdad. Esa especie de “terquedad judicial” es justamente el obstáculo más difícil de sortear, dada la precipitud con que se operó, de manera

que se refleja desde el estadio introductorio cómo la academia colombiana se encontraba en un punto de aspereza intelectual, que le impedía contribuir significativamente a la modificación que para ese momento ya era irreversible y que devino, al cabo, en una resistencia que tiene visos contraculturales que han puesto en entredicho las posibilidades reales del nuevo esquema de enjuiciamiento a falta de actitud receptora a las exigencias planteadas para ello.

Es decir, en el proceso de reforma la academia estuvo realmente marginada, no por haber sido excluida sino porque no estaba en condiciones de contribuir de manera valiosa a la modificación cultural que asomaba a través del modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial, dejando que el grueso de la misma haya sido producido principalmente por representantes de la Rama Jurisdiccional.

Intervenciones académicas

Según Acta N° 20 correspondiente al 19 de noviembre de 2003, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes escuchó la intervención de uno de los académicos, quien sostuvo la impertinencia de incluir en un estatuto procesal lo que llamó “manual de criminalística”. Agregó que mal hacía el código al señalarle a las personas cómo es que debían embalar los elementos materiales probatorios, advirtiendo en todo caso “[...] De tal manera que a todo sindicado, para que lo sepan de una vez, le toca hacer un curso de embalaje de las pruebas, porque si no se la van a rechazar y no podrá agregarla al proceso, no se ponen más limitaciones, sino que no se puede agregar”.

Tras referirse a la admisión de la prueba indiciaria dentro del esquema de enjuiciamiento acusatorio, lo que interpretó como ambiguo, increpó que el código no debía limitar las posibilidades ni las técnicas relacionadas con los interrogatorios y contrainterrogatorios, debido a que las mencionadas técnicas, en su criterio, debían dejarse al libre desarrollo de las prácticas judiciales de los fiscales y de los defensores.

Criticó severamente la prueba de referencia indicando que constituía un método para evadir la contradicción. Así mismo, cuestionó el desequilibrio entre Fiscalía y Defensa, surgido del hecho del poder otorgado a la entidad acusadora, consistente en acceder a la escena de los hechos sin presencia del defensor y, por esta vía, procurar autoincriminaciones viciosas. Además, advirtió sobre las exigencias que planteaba el proyecto a las personas que dispusieran del suficiente dinero para proveer el material probatorio que demandara inversión de recursos. Agregó finalmente:

En el artículo 360 se habla del derecho defensa y se dice que a partir de la imputación se podrá preparar de modo eficaz la defensa, sin que quepa solicitar pruebas, solo con las excepciones legales. Es decir, no se puede hacer solicitud de pruebas, pero sí recoger material, si existen medios para ello. Lo cual significa que la actividad de los abogados queda restringida a ser contemplativa de lo desarrollado por la Fiscalía y a quedar quietos a la espera de lo que diga la Fiscalía y sus evidencias⁸⁷.

.....
87 Intervención de Antonio José Cancino:

“Con respecto, hay aquí dentro de este Código, extrañamente lo encontré, un aspecto relacionado con las pruebas, es un manual de criminalística que no tiene por qué estar en un Código Penal, comenzando porque las pruebas varían, la técnica varía, y se pueden cambiar perfectamente, sin embargo las van a vigilar, legislan como debe embalar el particular una prueba y la lleva a las autoridades pertinentes y las autoridades pertinentes se dan cuenta [de] que está mal embalada y la rechaza, la rechaza de plano y no se puede volver a presentar.

De tal manera que a todo sindicado, para que lo sepan de una vez, le toca hacer un curso de embalaje de las pruebas, porque sino se la van a rechazar y no podrá agregarla al proceso, no se ponen más limitaciones, sino que no se puede agregar.

A mí me parece que eso es muy grave, como ustedes se dan cuenta yo me he referido al aspecto eminentemente visible de un sistema dizque acusatorio, cuando voy a demostrar que aquí no hay ningún sistema acusatorio; la Fiscalía tiene funciones jurisdiccionales, cuáles son, ah pues se guarda buen silencio para en el camino ir a arreglar las cargas, aunque se habla de duda razonable y de certeza para condenar, hay que manifestar que la mayoría de las normas sobre pruebas y las diligencias de investigación, se refieren a indicios, ¡ay! del crítico de la reforma que llegue a hablar de indicios, no es que no se pueda hablar de indicios en un sistema acusatorio, la verdad es a la duda razonable, eso no da para construir la teoría del indicio.

Sin embargo, cuando vamos a las normas que le dan oportunidad a la policía para hacer incautaciones o algo por el estilo, se habla de indicio, entonces allí sí vale el indicio, en qué quedamos, el sistema acusatorio admite el indicio o no lo admite, es algo supremamente grave y vale la pena corregirlo por lo menos. Los artículos 412 a 475, contienen todo un manual sobre análisis de testimonios y reglas de interrogatorios, los cuales no tienen porqué ser limitadas [sic] por un Código y menos consignadas, pues dependen es de la experiencia y la forma en que se pueda desenvolver el defensor y la Fiscalía.

Son aquellas muestras de ciertas garantías para el orden de las audiencias y sobre la valoración que tienen, al fin y al cabo la Sala crítica en un manual de pruebas demasiado académicas, la crítica más contundente es la llamada prueba de referencia, pues es nada más y nada menos que la forma más fácil de evadir la contradicción, con fundamento en una de sus causales, artículos 470 y siguientes, ya porque se puede siempre y así será, aducir la pérdida del testigo o la no presencia del testigo, pero la permanencia del material probatorio que al final se inculpará allí está.

[...]

- Pruebas sin abogados y válidas para presentar: El artículo 199 se refiere a la actividad de la Policía Judicial en la indagación e investigación y manifiesta que siempre que se trate de todos los actos urgentes como inspecciones en el lugar del hecho, levantamiento de cadáver, entrevistas e interrogatorios, podrá actuar, y como no hay obligación de defensor en la auto – inculparación, esta puede resultar de dichas pesquisas, lo cual sería un peligro. Se sabe que no es necesaria defensa en estas situaciones y que la prueba recogida tiene plena validez. Lo único que contrarresta lo antes dicho es el artículo 204 que habla del rechazo de las indagaciones por el fiscal si este advierte desconocimiento de principios rectores y garantías, lo cual creemos es una ilusión y una norma que se quedará sin aplicación, desafortunadamente.

- En el artículo 277 habla de un procedimiento, como es la cadena de custodia, o por lo menos el inicio, que comprende embalaje, rotulación, etc. Ahora bien, dicha cuestión correrá, si se quiere tener evidencia que favorezca, al defensor o al imputado a su costa, y la pregunta que nos hacemos es siempre la misma: ¿Y si no tiene dinero, si carece de los medios? Este será sin duda un proceso penal para personas adineradas, pues no poseemos presupuesto para garantizar igualdad de oportunidades a todas las personas.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Un segundo expositor criticó con similar severidad el hecho de que, a su parecer, el proyecto planteara una serie de exigencias investigativas a las oficinas privadas de los abogados que ofician como defensores, así como a la Defensoría Pública, sin que la realidad socioeconómica del país permitiese prever una posibilidad real de asumir la nueva condición. Pese a lo cual centró el peso del desequilibrio en la falta de recursos que debían asumir la gran mayoría de oficinas de abogados.

Planteó así mismo dificultades surgidas de la implementación y práctica de la reforma, en cuanto a las posibilidades de acceso a fuentes probatorias por parte de la defensa, sin especificar si se refería a dificultades culturales en general o intelectuales en particular, si bien centró este señalamiento en cuanto a la prueba testimonial⁸⁸.

• En el artículo 360 se habla del derecho defensa y se dice que a partir de la imputación se podrá preparar de modo eficaz la defensa, sin que quepa solicitar pruebas, solo con las excepciones legales. Es decir, no se puede hacer solicitud de pruebas, pero sí recoger material, si existen medios para ello. Lo cual significa que la actividad de los abogados queda restringida a ser contemplativa de lo desarrollado por la Fiscalía y a quedar quietos a la espera de lo que diga la Fiscalía y sus evidencias”.

88 Doctor Jaime Bernal Cuéllar:

“Yo he hecho unas cuentas en cuanto a cómo actuaría una persona, porque a mí me dicen el equilibrio es entre defensa y Fiscalía, el artículo octavo lo pregona, no lo desarrolla. Pero viene el punto hasta dónde o qué porcentaje de sindicados en Colombia, pueden ejercer ese rol que trae el código, por eso pido que se reflexione, que verdaderamente una Defensoría que pueda cumplir su función, porque se dice antes de la imputación usted puede recoger pruebas y pague los dictámenes periciales, después de la imputación dice, siga recogiendo pruebas para que se las entregue a la Fiscalía, o sea y eso es interesante en un sistema, nos colocan en una situación de investigadores, la pregunta que me hago, cuántos sindicados en Colombia pueden en un momento determinado lograr sus propias investigaciones para enfrentar a los señores Fiscales [...] Ahí es donde me parece que se rompe el equilibrio, más que el Ministerio Público, yo me coloco frente a un señor que transporta, de esos que manejan zorras de caballos que mate a otro, tendrá la capacidad su abogado o la Defensoría para adelantar una investigación paralela a la que hace la Fiscalía o tenemos que poner una Defensoría seria, yo oí en un debate que hablando del sistema acusatorio alguien dijo hay que reducir a la Defensoría y yo no podía entender eso, yo no podía entender que se estaba hablando del sistema acusatorio y decir acaben la Defensoría de paso, qué es lo que se quiere, ¿concentrar poder? ¿o hacer una justicia eficiente? Yo creo que el Código es bueno, pero seamos realistas con ese poder, me parece que el equilibrio se rompe de entrada en el 90% de más, seguramente hay oficinas de abogados, acá el doctor Cancino, su oficina seguramente puede adelantar investigaciones doctor, y otras oficinas, pero el hueso [sic] de los sindicados en Colombia, no tiene, ni ningún abogado se va a poner a decirme, yo soy caritativo y le voy a hacer la investigación a usted y lo voy a defender, seamos realistas, estamos en Colombia, mecanismos de concentración de pruebas, yo tengo dudas por ejemplo un control de legalidad que se lo dejaron al Tribunal aún para casos de fuero constitucional, con esto yo no me estoy oponiendo a nada, creo que el Congreso hoy tiene una gran responsabilidad con el país, hagamos cambios, cambios de fondo, pero miremos integralmente a la justicia, no solamente un Código y miremos un Código que funcione, que funcione para Colombia, que en el pueblo más lejano se pueda hacer el principio de intermediación, sí perfecto, el principio de concentración, sí perfecto, me nombraron en días pasados, quiero citar esto, como tengo poco trabajo, defensor de oficio, me pareció bien y yo cumplo con mi deber sagrado, un señor, unas marcas y patentes, bueno cualquier cosa, y veía yo el expediente el abogado, no pasó una línea, una persona que no tuvo defensa, con el respeto de la Defensoría, no estoy maltratando la Defensoría, la respeto, el Defensor de oficio no pasó nada y ya tiene resolución de acusación [...] Por eso pienso que a ese efecto deben es tratar de fortalecerse todos los mecanismos en virtud de la cual o en virtud de los cuales la institucionalidad, el estado de derecho realmente funcione, por ejemplo vamos tener un mal cambio de mentalidad y la defensa incluso la misma Fiscalía, incluso la misma fuerza pública, va a tener que entrevistar testigos, va a tener que recolectar

El Congreso frente al proyecto

Si las exposiciones de los expertos no contribuyeron a consolidar un criterio fundamentado por parte de los legisladores, estos fueron mucho más emergentes y contradictorios en sus exposiciones. Resultan valiosas a no dudarlo para dejar en evidencia que se aprobó un código cuyos fundamentos no fueron comprendidos, a lo sumo intuitivos, pero que se procuraron salvaguardias a la historia precedente de las prácticas judiciales en el país que, reales o no, tuvieron más incidencia que los verdaderos fundamentos de un esquema particular de enjuiciamiento.

Como se verá, el Congreso ciertamente asumió el tema de la práctica de la prueba en desarrollo de las deliberaciones, sin que ello haya obedecido a un debate sistemático de los distintos institutos procesales involucrados. En ocasiones, pese a que no se ignoraba la importancia del tema, se asumió como consecuencia de giros inopinados durante el debate, pero sus desarrollos, de cualquier forma, reflejan ante todo que al Congreso le preocupaba más corregir prácticas judiciales señaladas como odiosas para el país, antes que constituir un procedimiento sistemático y consecuente con los fines constitucionales con que había surgido.

Al respecto puede señalarse que a la inidoneidad de los congresistas en materia de administración de justicia se sumó que los muy pocos que plantearon de una forma más o menos profunda el tratamiento de la prueba lo hicieron mediante constancias, es decir, sin generar verdaderos debates, limitándose a formular advertencias que no se proyectaron sobre la norma ni sobre las deliberaciones. Más aún, es preciso señalar que quienes propusieron mediante las consabidas constancias abordar el aspecto más dramático del tratamiento de la prueba, es decir, la carencia de idoneidad de los operadores del espacio judicial, no tuvieron acceso al proyecto sino hasta el día anterior a sus intervenciones. Significando lo anterior que si no hubo debate no fue porque el tema careciera de importancia para el Congreso, sino porque no estaban dadas las condiciones para generarlo.

Otra característica es haber agotado el grueso de las deliberaciones en la llamada “prueba técnica”, descuidando que no es la más frecuente, ni siquiera la que planteaba los mayores desafíos al espacio judicial colombiano.

pruebas, ¿me pregunto lo siguiente, está desarrollado dentro del proyecto de código, para efecto del equilibrio de las partes la posibilidad de que nosotros defensores entrevistemos a los testigos? Cómo nos responderá una madre, una hija, una esposa, que ha sido víctima y vio morir a su hijo y soy el defensor del asesino del homicida de su hijo, ¿colaborará para efectos de la investigación?”.

Constituye otra particularidad de la historia legislativa de la Ley 906 de 2004, en su paso por el Congreso, que en materia de pruebas haya sido efecto del temor y la desconfianza manifestada por los legisladores frente a la Fiscalía General de la Nación, puesto que fueron frecuentes las manifestaciones conforme con las cuales era preocupante otorgarle demasiadas facultades que, de alguna forma, redimieran viejas prácticas como las surgidas de la llamada justicia regional, o que no fuera la Fiscalía la que realizara las investigaciones en el ejercicio jurisdiccional de las causas criminales.

Este tipo de características informan el valor instrumental de las escasas disposiciones que en materia de tratamiento de la prueba fueron objeto de deliberaciones, donde lo que menos parecía ocupar la atención del cuerpo legislativo fue dotar de instrumentos legales idóneos para asegurar que los operadores del espacio judicial dispusieran de posibilidades demostrativas dentro del proceso; antes bien, se procuró disminuir a la Fiscalía de sus facultades, pasando por alto que no podía tan siquiera equipararse la institución obrante en el enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000 con el que se estaba consolidando.

Otro temor manifiesto durante las deliberaciones fue la influencia nociva que pudiese ejercer el Fiscal General de la Nación sobre el Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, anticipando una condición de corrupción supuesta, en donde este funcionario operaría a favor de los caprichos del Fiscal General, sin consideración al contenido estrictamente científico reclamado por la naturaleza de su labor.

Adicionalmente, de las deliberaciones respecto del tratamiento de la prueba no pueden extraerse sino aproximaciones, como habrá lugar a explicarse, por cuanto en momento alguno se asumió como área de discusión particular, fomentando la trasgresión política que en vano intentó subtender la técnica propiamente dicha.

Primera aproximación. Preocupación por la imposibilidad de acceso de la defensa a los organismos oficiales que producen pruebas técnicas y al sesgo de origen por la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal

Durante la sesión del 10 de diciembre de 2003 cumplida por la Comisión Primera de la Cámara, se verificó la primera aproximación al tema probatorio, cuando se plantearon los servicios que prestaría el Instituto Colombiano de Medicina Legal.

Al respecto propuso el representante Jesús Ignacio García permitir a la Defensa y al imputado acceder a ellos, en busca de consolidar un nivel de igualdad más deseable respecto de la Fiscalía, pero manteniendo su adscripción a esta⁸⁹.

Se advierte que algunos miembros del Congreso eran conscientes de los cuestionamientos que podría suscitar la prueba técnica, a causa del probable sesgo de origen, lo cual sugiere un nivel de conciencia acerca de las diferencias provocadas por el tipo de enjuiciamiento, en punto específico al tratamiento de la prueba. Es así que el representante Luis Fernando Velasco reiteró la necesidad de independizar al productor de la prueba técnica de las dos partes, pero advirtió que no podía hacerse en ese momento debido a que el Instituto estaba adscrito a la Fiscalía General de la Nación, como antes lo estuvo a Instrucción Criminal, por mandato constitucional, y que era necesario entrar a promover una reforma

89 Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período).

“Esta proposición se motiva señor Presidente y honorables Representantes, en que con los señores ponentes del proyecto de ley de Defensoría Pública y concretamente con su coordinador mi aventajado alumno el doctor Velasco, habíamos venido hablando sobre el papel que debía cumplir el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como órgano técnico de apoyo para producir las pruebas dentro de un proceso.

Entonces se había planteado en principio buscar que el Instituto de Medicina Legal, fuera lo suficientemente autónomo, que no dependiera de ninguna de las partes del proceso, en este caso que no dependiera de la Fiscalía General de la Nación, pero me comentaba el doctor Velasco, que ahondando ellos sobre el tema habían llegado a la conclusión que no era posible en este proyecto de ley por razones que él ahora si lo tiene a bien nos explicará hacer ese tipo de modificación, entonces como de todas maneras el proyecto originalmente en el inciso segundo, dice que el imputado o su defensor también podrán acudir al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo que hemos hecho nosotros es trasladar esta idea al inciso primero, donde se está regulando el auxilio y apoyo que presta medicina legal a la Fiscalía y a la Policía Judicial para decir allí que igualmente se lo prestará al imputado y al defensor, o sea como para dar la idea de que debe existir un equilibrio o una igualdad en el acceso a ese organismo técnico científico de apoyo.

Entonces ese el objetivo de la modificación que no se [sic] realmente si logre el objetivo sustancial que se proponían los señores ponentes del proyecto de Defensoría Pública, pero que los ponentes consideramos que tal vez esta idea podía aproximarse al planteamiento hecho por ellos, mientras se puede abocar el tema ya con la profundidad y en el escenario que es adecuado de acuerdo con nuestro régimen constitucional, muchas gracias Presidente.

Con la venia de la Presidencia, continúa con su intervención el honorable Representante Jesús Ignacio García:

Vamos ahora al 198, a ver este artículo dice lo siguiente en la propuesta que se trae y ahora explicamos en que consiste la modificación.

Artículo 198. Órgano técnico científico. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.

La Fiscalía General de la Nación, el imputado o su defensor se apoyarán, cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras. También prestarán apoyo técnico científico los laboratorios forenses de los organismos de Policía Judicial.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

de ese nivel, para lograr el equilibrio necesario entre las partes, en cuanto a la producción de prueba técnica.

Aun cuando la llamada prueba técnica no agota el tema probatorio en general, no deja de inquietar que se hubiese iniciado el debate desde este punto de vista, lo cual ya evidenciaba una cierta tendencia, por cierto contradictoria, conforme con la cual el tema probatorio en los procesos de corte acusatorio y adversarial tendió a identificarse por parte del Congreso con este aspecto, importante sin lugar a discusión, pero que dentro del tratamiento de prueba no era más que una manifestación particular. Es destacable que en esta intervención se haya advertido sobre una característica propia del régimen de acreditación, en cuanto al origen de la prueba, más allá del aspecto estrictamente técnico⁹⁰, lo cual auguraba un debate profundo acerca del tema del tratamiento de la prueba, que lamentablemente no fue sino una apariencia que terminó disolviéndose en otros aspectos.

Sin embargo, el sesgo marcadamente político de la deliberación y, por consiguiente, el decaimiento de la consistencia de las deliberaciones que habían dado inicio de una forma bastante prometedora apareció bien pronto cuando se planteó la posibilidad de que el Ministerio Público tuviese laboratorios, y en desarrollo de sus funciones de policía judicial pudiera auxiliar a la Fiscalía⁹¹. Tal conside-

90 Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período). "En efecto señor Presidente, un elemento esencial para acercarnos a lo que tiene que ser un proceso de partes, es que la prueba técnica o quien la produzca no tenga ningún grado ni dependencia a alguna de las partes, ustedes se imaginan quien produce la prueba técnica dependiendo de algún grado o por control de tutela o de gestión o lo que sea de una de las partes, pues rompe ese equilibrio, entonces nosotros lo que buscábamos y buscaremos es la independencia del Instituto de Medicina Legal, pero desafortunadamente en estos proyectos no podemos lograrlo puesto que esa independencia y esa adscripción, perdón la adscripción del Instituto de Medicina Legal a la Fiscalía nace de la misma Asamblea Constituyente de 1991, en el artículo 27 transitorio en donde adscribe no solo la dirección de instrucción criminal que hacía las investigaciones, sino al instituto de medicina legal.

A mí me parece que ahí hay como un buen principio, un buen mensaje, pero llamo la atención a los compañeros de la Cámara y particularmente a la Comisión Primera, para que en marzo nos preparemos para presentar un proyecto de un solo artículo de reforma constitucional, en donde le demos la independencia claro con un consejo directivo en donde tendrá que estar o un consejo consultor donde tendrá que estar no solo el Fiscal, sino también el defensor, de pronto el Gobierno, pero darle la independencia.

A mí me parece que esa es una buena salida por lo menos provisional, nosotros también estamos buscando una parecida en la ley estatutaria de Defensoría Pública que tenemos lista y que presentaremos esta misma semana y el próximo año abordaremos el tema constitucional, porque yo creo que amerita que abordemos el tema constitucional".

91 Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período). "El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Zamir Silva: Señor Presidente, en relación con este artículo tengo una proposición sustitutiva, pero como todas las que he presentado quiero explicarla.

ración fue observada como equívoca interpretación de las limitadas funciones probatorias que cumpliría el Ministerio Público, y se aprovechó para precisar que, en materia probatoria, intervendría apenas en la solicitud de pruebas anticipadas⁹². Para aclarar el aspecto, se hizo lectura de un documento en que se justificaba que el Ministerio Público no solo pudiese solicitar la práctica anticipada

Se trata de que en el artículo se establece por ejemplo en el primer inciso, de [sic] que estas entidades o estos organismos que son auxiliares de la Fiscalía, en ellos se hace una cierta enumeración y en el último párrafo del primer inciso y habla y los organismos con funciones de Policía Judicial y en el tercer inciso dice también prestarán apoyo técnico científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial; mi pregunta es la siguiente, a sabiendas de que de acuerdo con el texto del Nuevo Código de Procedimiento Penal, que estamos discutiendo, el Ministerio Público no es parte en el proceso, no obstante cumple funciones de policía judicial, de una parte y de otra nada obsta, no lo sé es posible que exista pero acá hay funcionarios del Ministerio Público y nos podrían aclarar, existe o de todas maneras no es impedimento para que el propio Ministerio Público, posea laboratorios que le permitan precisamente auxiliar las funciones de policía judicial que la Constitución lo reconoce y que este propio código lo hace igualmente.

Repito, parto del supuesto de que el Ministerio Público no es parte en el proceso, sin embargo, como tiene funciones de Policía Judicial de una parte y de otra se reiteran sin mencionarlo en el texto de este artículo, si [sic] quisiera oír una explicación al respecto de las razones por las cuales no se menciona, además de la que no es parte al Ministerio Público.”

92 Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período). “El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Jesús Ignacio García:

Señor Presidente, creo que esta proposición del doctor Zamir, nos remite nuevamente al tema de la intervención del Ministerio Público dentro del nuevo proceso penal. La verdad es que en ese inciso segundo al cual está haciendo referencia el doctor Zamir, se le está permitiendo a quienes tienen la calidad de partes dentro del proceso o sea la Fiscalía y al imputado su defensor, apoyarse en los laboratorios privados nacionales o extranjeros, en las universidades públicas y privadas, nacionales o extranjeras.

Como aquí tuvimos ya oportunidad de definirlo, la intervención del Ministerio Público en el proceso penal y sobre todo en relación con la actividad probatoria, es una intervención limitada y aprobamos nosotros que el Ministerio Público [...] podía pedir pruebas anticipadas, cuando estuviera cumpliendo funciones de policía judicial o mejor en aquellos asuntos en los cuales cumple funciones de policía judicial, pero esas pruebas anticipadas las puede solicitar de conformidad con lo previsto en el código, resulta que la prueba anticipada hay que solicitársela al juez de control de garantías, hay que decirle a él que convoque una audiencia para que allí se practique esa prueba anticipada; por consiguiente no podríamos nosotros en este inciso, darle facultades al Ministerio Público que entre otras cosas tampoco tiene la función de investigar, no le podríamos dar facultades para que produzca elementos de convicción que luego puedan servir de base para producir pruebas dentro del proceso.

Entonces a mí me parece que conforme está redactado el artículo está bien, además quiero aprovechar esta oportunidad señor Presidente, con la venia del señor Fiscal, con la venia de los señores Fiscales Delegados aquí presentes, con la venia de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, para hacer uso de un documento, que si bien es cierto ellos no suscribieron, si [sic] prepararon y que fue el que nos sirvió a los ponentes de motivación para definir cuál iba a ser el papel del Ministerio Público, en el nuevo proceso penal y quiero leerlo con la venia de ellos, para que quede constancia en las actas, de cómo esa intervención del Ministerio Público sobre todo relacionada con la actividad probatoria, es una actividad excepcional y limitada y que tanto la Fiscalía como el Ministerio Público, estuvieron de acuerdo en que ello fuera así y que precisamente con fundamento en las consideraciones que ellos hicieron en el documento que me voy a permitir leer, los ponentes tomamos la decisión de traer a consideración los artículos que ya fueron aprobados por la Comisión.

Entonces si me permite señor Presidente y si el señor Fiscal y los señores representantes del Procurador también, quiero dar lectura a la parte pertinente del documento para que quede constancia en el acta de cual [sic] fue la intención y la voluntad del legislador cuando se le permitió una actividad limitada y excepcional al Ministerio Público en relación con la actividad probatoria”.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

de pruebas en audiencias preliminares, sino también pudiese requerir la práctica de pruebas durante la audiencia preparatoria⁹³.

Lo importante de este documento es que con base en él se requirió aprobar la disposición que se estaba discutiendo, es decir, la relacionada con el acceso de la defensa y el imputado a los servicios del Instituto de Medicina Legal:

Entonces señor Presidente, este documento nos sirve de fundamento para solicitarle a la Comisión que se apruebe el artículo con el texto que ha traído la comisión de ponentes.

.....
93 Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período). "La Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, a través del Fiscal General, el Procurador General, el Vicefiscal, el Viceprocurador y los fiscales delegados y procuradores delegados ante la Corte Suprema de Justicia, han participado en los debates y audiencias que la honorable Cámara de Representantes ha citado con las finalidades de esclarecer aspectos de trascendencia para la implantación del sistema acusatorio, de igual forma conocedores del contenido de la sentencia C-966 de 21 de octubre de 2003 de la honorable Corte Constitucional, hemos reflexionado y asumido una posición conciliadora con la finalidad de avanzar en la discusión y aprobación del proyecto de código de procedimiento penal.

Para la Procuraduría y la Fiscalía General, la intervención del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio como ha sido considerada en toda la tradición jurídica y en particular en las legislaciones adjetivas que vienen directamente de la Constitución Política como se desprende el numeral séptimo del artículo 277 de la norma superior.

Aunado a lo anterior la institución de control se ha erigido en nuestro país en el garante del orden jurídico, en la representación de los intereses de la sociedad y en la protección de los derechos fundamentales. Son innumerables las oportunidades en que dada la importancia de la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, el orden jurídico se ha garantizado sin que ello implique tomar partido en defensa de los intereses de los sujetos procesales.

De otro lado, el Ministerio Público es absolutamente consiente que la adopción del nuevo sistema de investigación y juzgamiento, significa para todas las instituciones, que de manera directa van a tener participación en la actuación procesal, un cambio trascendental que implica la conservación de su estructura, que emana directamente de la norma superior, pero a su vez la adecuación de su intervención a los postulados del sistema acusatorio en el cual la fase investigativa bajo la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de la policía judicial recauda las evidencias, realiza las labores de investigación, las que posteriormente serán presentadas en el juicio oral.

De esta forma, para el Ministerio Público constituye un compromiso el cual se centra, que como lo dispone el artículo 127 del proyecto, que su intervención contingente en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por el supremo director del ministerio público. Además la eventual intervención no puede interpretarse como la suplantación de cualquiera de las partes, su actuación se ceñirá a cumplir con las funciones constitucionales en defensa del orden jurídico, el patrimonio, los intereses de la sociedad y la defensa de los derechos fundamentales, a través de los controles que el proyecto ha consagrado como son las audiencias ante los jueces de garantías y el juez de conocimiento cuando sea la oportunidad procesal.

El Ministerio Público podrá en esta medida intervenir en todas las audiencias y además de su presencia en dichas actuaciones, no será únicamente como participe sino que además en las audiencias preliminares para la práctica anticipada de pruebas y solicitud de pruebas, el Ministerio Público podrá hacer solicitud expresa cuando después de la petición de la defensa y la Fiscalía, considera la Procuraduría que es necesaria la práctica de alguna de ellas.

Toda solicitud de pruebas, sea anticipada o en la audiencia preparatoria se ceñirá a todos los requisitos y estipulaciones que se han fijado en el proyecto, en el entendido que el Ministerio Público no tiene privilegios y debe actuar conforme a las reglas dispuestas en la contradicción probatoria del juicio oral. Como complemento de lo anterior también se deberá prever la participación del Ministerio Público en los interrogatorios, sean de testigos, peritos, el procesado y demás intervinientes cuando lo estime necesario en defensa del orden jurídico y como fundamento de lo que posteriormente serán sus alegaciones en la conclusión del juicio".

Presidente:

En consideración el texto leído, ¿aprueba la Comisión?

Subsecretario:

Ha sido aprobado.

Lo particular es que el documento no parece tener relación alguna con la norma que se aprobó.

En cambio, durante esta misma sesión, el Dr. Gustavo Gómez Velásquez, quien había sido asesor de la Fiscalía para efectos de la representación de la entidad en la Comisión Redactora Constitucional, hizo una presentación lamentablemente muy corta, pero particularmente sopesada sobre la importancia del tratamiento de la prueba en el nuevo esquema procesal y, en particular, precavía sobre las diferencias que se pronosticaban, procurando concentrar la atención de los deliberantes sobre este aspecto que reclamaba un desarrollo profundo por los aspectos fundamentales que involucraba:

Con decir al respecto y por vía de ejemplo, que su ponderada regulación permite imponer una medida de aseguramiento, afectar un patrimonio o condenar a alguien está dicho todo, pues bien, la serie de escrupulosos y variados requisitos que rodean la producción de una prueba, es lo que constituye a esta como tal y la legítima para apoyar en ella la correspondiente pretensión. El legislador y el código en esto ha sido demasiado escrupuloso y demasiado inventador de todas las fórmulas que aseguran una producción legítima de los medios probatorios [...] Lo ilícito no se combate y conjura con otra ilicitud sino con los instrumentos respetables y válidos que ofrece la ley, no se puede pagar un precio tan alto como el que representa la vulneración del orden jurídico fundamental para aplicar la ley, los que intervienen en la actuación procesal, funcionarios y creo y así se enfatiza que hasta los particulares que intervienen en el proceso que están ya revestidos de una función no puede ser un particular antes de comprometerse en un proceso, pero desde que se inserta en él ya hay una equiparación, funcionarios o particulares porque a todos cubre el dispositivo y como ahora la defensa va a tener tantas posibilidades de averiguar por su propia cuenta, el día que él también se desfase en el respeto debido a un testigo o a una evidencia, también le caemos con la exclusión de ese medio probatorio que trata de reproducirlo en el juicio oral⁹⁴.

Lamentablemente, el Dr. Gómez no logró su propósito académico, y el Congreso no asumió el tema del tratamiento de la prueba con la seriedad que reclamaba su ponderación, pese al llamado que se le formuló.

.....
94 Intervención del Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Acta de Comisión 027 del 10 de diciembre de 2003. Comisión primera de Cámara. Gaceta no. 46 de 2004. *Legislatura 2003-2004*. (Primer Período).

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

Como se expuso, el inicio de las deliberaciones pareció inicialmente prometededor, pero sin embargo y pese haber sido nuevamente asumido, no fue producto de un desarrollo sistemático de los distintos temas, sino que se fue asumiendo en la medida que las normas puestas a consideración lo reclamaban. Aún así, puede sostenerse que las disposiciones más profundamente involucradas no fueron objeto de debate, por suerte que la posición del Congreso acerca del tratamiento de la prueba apareció tangencialmente, sin que se haya construido una postura institucional que orientara la interpretación del código. De manera que, como al principio, no podrá seguirse refiriendo sino aproximaciones al tema por parte de la Asamblea Legislativa, caracterizada más por sus profundas contradicciones que por sus soluciones afortunadas.

Segunda aproximación. Preocupación por la dirección de las investigaciones. El nivel de preparación de los investigadores. La propuesta de la defensa pasiva y sus contradicciones

En la segunda oportunidad que el Congreso de la República se ocupó del tema probatorio, al deliberar en torno al proyecto preparado por la Comisión Redactora Constitucional, enfatizó las labores de policía judicial⁹⁵.

Es interesante observar que el mismo ponente del proyecto, Senador Héctor Helí Rojas Jiménez, reclamó que la Fiscalía garantizara ser la que realmente dirigiría las investigaciones y no la policía judicial. Dicho reclamo atendía el temor, por cierto con antecedentes históricos en el país, de los excesos que pudieran cometerse por parte de los funcionarios de policía judicial. Es cierto que no se expusieron estudios técnicos sobre el particular, ni que el expositor se ocupó en procurar una sustentación así fuese medianamente científica, por manera que no se proporcionaron fundamentos fácticos a sus afirmaciones, empero, es valioso constatar la frecuencia con que se adujeron argumentos de temor por las prácticas judiciales preexistentes, como principal motivador de las deliberaciones⁹⁶.

.....
95 Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado. Comisión Primera. Gaceta no. 354 de 2004. Sesiones Ordinarias - Cuatrienio 2002-2006. Legislatura 2003-2004 - Segundo Período. En la ciudad de Bogotá D. C., el día veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004), se reunieron en el Salón Guillermo León Valencia del Capitolio Nacional, previa citación, los miembros de la Comisión Primera del honorable Senado, con el fin de sesionar.

96 Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado. Comisión Primera. Gaceta no. 354 de 2004. "En este libro segundo insisto, entonces hablamos de todo el tema de la Policía Judicial y todo el tema de la Fiscalía, pero insistimos en que la Fiscalía tiene que, y aunque suene feo, tiene que garantizarnos que va a dirigir y a coordinar toda la actividad de recaudación de los elementos probatorios que se llevarán al juicio. Yo soy muy confiado en eso. La experiencia

Con el mismo énfasis se observó que la formación de los investigadores de la policía judicial no sería el óptimo y podría dar al traste con las investigaciones del fiscal, al no adquirir las calidades reclamadas para poder dar soporte a una acusación. De hecho, nunca se descuidó que las personas que venían dedicándose a las actividades de investigación habían sido capacitadas para desarrollar esa labor; sin embargo, de la exposición del ponente surge claro que no podía ser el mismo tipo de capacitación el que se espera de esas personas, dadas las particularidades del enjuiciamiento que debían asumir de ahora en adelante.

Pero habría que pensar en capacitar mucho más a quienes levantan esas evidencias, porque como no son pruebas, tienen que llegar incontaminadas, preservadas, guardadas de una manera muy sofisticada para que lleguen puras, auténticas al juicio que será donde se debata y se les dé su exacta dimensión probatoria.

De hecho, preocupó al ponente que los investigadores que intervendrían en los nuevos procesos lo hicieren con los criterios aprendidos para el desarrollo de las investigaciones apropiadas al modelo previsto en la legislación precedente. Fue así como llamó la atención acerca de los aspectos que esencialmente desafiarían nuevas técnicas, habilidades y destrezas acerca del nuevo manejo de la prueba demandado por el tipo de procesamiento penal impuesto a través del Acto Legislativo 03 de 2002, señalando muy concretamente la concentración probatoria que particularizaría a las audiencias de juicio oral y la práctica actualizada y oral de las pruebas.⁹⁷

de la gente que ha litigado es que si la Policía Judicial va a cometer abusos, va a hacer mal las cosas, pues eso va a redundar en que la acusación no va a tener el peso suficiente para lograr la demostración de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad de sus autores o auxiliadores.

Es decir, hay que crear también una cultura, y en eso la capacitación yo no sé como irá a ser, porque si la Policía Judicial practica mal el levantamiento de la información, pues los juicios van a ser un fracaso, que va a necesitar investigadores muy capaces, de hecho ya los hay en el CTI, en la Policía Nacional, tenemos laboratorios, tenemos gente con experiencia, con mucho conocimiento, en las Superintendencias, en los temas que les corresponde, hay gente excelente”.

97 Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado. Comisión Primera. *Gaceta no. 354 de 2004*. “Entonces todas las pruebas se practicarán en audiencia ante el juez que las va a valorar y que va a decidir en esa audiencia sobre el peso o la importancia de las mismas, va a haber concentración, se va a procurar que la audiencia no se suspenda de una manera tan indefinida o con tantos espacios de tiempo, que se pierda ese concepto de la inmediatez y de la concentración y obviamente se va a introducir el principio de la oralidad para que la petición, la práctica, la evaluación de esas pruebas, sean hechas por los que intervienen en el proceso de una manera oral, que garantice también la inmediatez, la imparcialidad y la solución inmediata de la controversia por parte del juez en quien se procura una total incontaminación si el término fuera preciso, con las evidencias, con los medios probatorios recaudados por la acusación y por los que pueda allegar la defensa”.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

Pese a ello, el Senador Héctor Helí Rojas, más bien intentando replicar a los detractores del proyecto que señalaron como inadecuado que el Instituto de Medicina Legal estuviese adscrito a la Fiscalía General de la Nación, parece enfocar las anteriores preocupaciones hacia la policía judicial, sin considerar los investigadores de la defensa, sea pública o privada, puesto que sostuvo que la presunción de inocencia era lo que equilibraba las dos partes, en cuanto era la Fiscalía la encargada de acreditar la responsabilidad de la persona que llamaba a juicio, en tanto la defensa debía contraerse a una posición crítica de la actividad investigativa de la policía judicial⁹⁸. Posición que pasa por ingenua, puesto que si no se sabe investigar, si no se conoce el manejo de la prueba, si no se dispone de investigadores que se puedan dirigir y coordinar, lo cual demanda una capacitación concreta, cómo se podría desarrollar una actividad crítica respecto de la actividad realizada por la contraparte que, si bien homóloga, no puede ser contrarrestada limitándose a invocar la inocencia presunta, cuando lo que está haciendo el fiscal es precisamente desvirtuar dicha presunción. Por consiguiente, “poner en duda esas evidencias probatorias, con cuestionar la validez, la pertinencia, la suficiencia de esos elementos probatorios” no es una actividad que consista simplemente en oponerse a las mismas, sino que reclama toda una actividad investigativa y de óptimo manejo de la prueba, que permita cuestionar los fundamentos técnicos, legales o científicos de los medios probatorios invocados por el fiscal.

.....
98 Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado. Comisión Primera. *Gaceta no. 354 de 2004*. “Se ha criticado el sistema porque se dice que la Fiscalía va a tener en primer lugar la dirección y la coordinación de la Policía Judicial. En segundo lugar que el Instituto de Medicina Legal va a estar bajo la dependencia de la Fiscalía con muchas ventajas estratégicas especialmente en la recaudación de la evidencia técnica, y que eso deja en desventaja la defensa, es ahí cuando el principio de presunción de inocencia y el principio del *in dubio pro reo* adquieren mayor importancia. Porque es que mientras a la Fiscalía le corresponde probar su acusación de tal manera que le lleve al juzgador un convencimiento razonable y profundo de la culpabilidad del imputado, a la defensa le basta con poner en duda esas evidencias probatorias, con cuestionar la validez, la pertinencia, la suficiencia de esos elementos probatorios, y por otro lado la defensa siempre tendrá de su mano para equilibrar el poder de la Fiscalía la presunción de inocencia que unos y otros deben respetar. Eso le da en lo sustancial del proceso un equilibrio a la acusación y a la defensa, si la acusación tiene dudas, pues no debe acusar. Si la acusación no tiene certeza sobre lo que va a formular como imputación, pues no debe ir ante los jueces. En cambio la defensa siempre que la llamen ante un juez, lo primero que invocará será que su defendido es inocente, y comenzará a poner en duda cuestionando razonablemente los instrumentos probatorios o las evidencias que se lleven al juicio para ser tenidas como prueba.

Se repite el derecho de defensa con todas sus manifestaciones, en esto hemos tenido los Ponentes algunas diferencias con la Fiscalía y con los que inicialmente tramitaron este proyecto en la Cámara, porque consideramos que no es bueno que se diga que el derecho de defensa aparece cuando la persona es invitada, es decir, cuando se le formula o se le atribuye en concreto la autoría o la participación en la comisión de una conducta de acción o de omisión, que pueda significar afrenta al orden normativo que protege los bienes jurídicos de los individuos”.

Ciertamente, “negar no es decir no sino cambiar unas relaciones por otras”. Luego, resulta bastante extraviado, al menos desde el punto de vista del manejo de la prueba, sostener que la presunción de inocencia le informa de balance al natural desequilibrio que existe entre la defensa y la fiscalía, cuando ello, por un lado, es normal y, por otro, no explica la necesidad de las defensas afirmativas, ni siquiera alcanza a explicar la pertinencia de las defensas de refutación.

En todo caso, este era ya un mal síntoma de las prácticas que se verificarían en el espacio judicial operado con fundamento en la Ley 906 de 2004, cuyo ejercicio evidencia que los abogados ingresaron sin la debida preparación, limitados en cuanto a la capacidad de desarrollar defensas afirmativas y mucho menos capacitados para oponerse a las pretensiones de la Fiscalía, sin que la presunción de inocencia permita, en manera alguna, equilibrar su capacidades.

La posición resulta particularmente contradictoria si, además, se considera que con ello quiso el ponente justificar la necesidad de garantizar el derecho de defensa desde el comienzo mismo de las investigaciones.

En consecuencia, nosotros hemos propuesto unas modificaciones aquí para que la defensa exista desde cuando hay retención o desde cuando hay captura, a la persona capturada en flagrancia así no se le haya imputado nada, así no haya juicio todavía, hay que darle derecho a la defensa, a la persona capturada inmediatamente hay que darle derecho a la defensa y obviamente a la persona imputada, es decir, a la que ya va a ir a juicio sobre la base de una acusación formal y públicamente presentada, pues también hay que darle defensa. Pero nosotros creemos y nos apoyamos pues en mucha doctrina nacional, que la defensa debe estar desde la misma etapa de la investigación entre otras cosas porque el Acto Legislativo 03 no modificó el artículo 29 Constitucional del debido proceso que dice: La gente tiene derecho a defenderse no solamente en el juicio, sino también en la investigación⁹⁹.

Esta sería una posición defendida posteriormente con el mismo ahínco, en que llegó a decirse que el poder suasorio de la defensa procedía de la duda. La verdad sea dicha, la duda ha sido en toda taxonomía del procedimiento una alternativa de la defensa, porque siempre ha sido viable la defensa pasiva, empero, es esta una alternativa compleja y altamente especializada que por pasiva no libera al defensor de haber desarrollado las investigaciones apropiadas ni de

.....
99 Acta 38 del 25 de mayo de 2004 Senado. Comisión Primera. *Gaceta no. 354 de 2004*. Esta fue por cierto la posición defendida asiduamente por el Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar en el interior de la Comisión Redactora Constitucional, posición que pese a la oposición decidida del Dr. Jaime Granados, logró imponerse con el efecto de consagrar la obligación de formalizar la totalidad de las investigaciones.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

estar en capacidad de cuestionar técnica, legal y científicamente un elemento material probatorio o cualquier evidencia¹⁰⁰.

La inconsistencia del argumento se hizo aún más palmaria cuando el mismo expositor en posterior oportunidad defendió la idea de garantizarse la integridad del derecho de defensa durante la investigación, precisamente en la necesidad de proveer a la defensa de la suficiente oportunidad para desarrollar una investigación idónea que le permitiera acopiar cuanta evidencia y elemento material probatorio pudiera proporcionarle dicha labor. Desde este punto de vista, ¿cómo podía justificarse la opción de la duda como medio más solícito de defensa, sino a partir del desarrollo de investigaciones operadas por personas idóneas a instancia de la defensa? Ciertamente, la preocupación señalada por el ponente respecto de las capacidades reales de los investigadores de la Fiscalía era predicable y debió preocupar en la misma medida y proporción de la defensa pública y privada y, en consecuencia de la formación general de los abogados colombianos, sin que la idea de las defensas pasivas pudiese justificar el cifrar todo este reclamo de capacitación en los abogados del Estado¹⁰¹.

Lo cierto es que durante la deliberación que se realizó en torno a la propuesta de redacción del artículo 285, lo que justificó la aprobación del texto fue precisamente la posibilidad de garantizar al abogado de la defensa poder realizar una investigación idónea, a fin de lograr recaudar material probatorio orientado a oponerse a las pretensiones del fiscal. Lo que sugiere que las necesidades de capacitación en

.....
100 Acta 39 del 26 de mayo de 2004 Comisión Primera de Senado. *Gaceta no. 377 de 2004*. Sostuvo el Senador Héctor Helí Rojas: "Este es un proceso en el que la mayor arma de la defensa es la presunción de inocencia y la duda. Prácticamente los defensores van a llegar es a desvirtuar y a crear dudas sobre las evidencias que lleve la acusación [...] Pero así mismo tiene que quedar claro, que hemos dicho que en este sistema que queremos implementar el mayor patrimonio, lo que garantiza definitivamente el equilibrio entre acusación y defensa es que en manos de la defensa queda total y exclusivamente el tema de la duda, la duda como arma de defensa sí adquiere aquí una importancia total y la presunción de inocencia en manos de la defensa es otra arma que equilibra el hecho de que la Fiscalía tenga su policía judicial, su medicina legal, todos los instrumentos para levantar los elementos o las evidencias que después se convertirán en prueba".

101 Acta 40 del 27 de mayo de 2004 Comisión Primera de Senado. *Gaceta no. 378 de 2004*.

Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: "Por ejemplo, en caso de un homónimo o en una denuncia abiertamente temeraria, para que [sic] esperar hasta la segunda etapa, también en cuanto al ejercicio de la defensa técnica no existe impedimento para pedirla desde un comienzo, para permitirle desde un comienzo, todo lo contrario, es una exigencia constitucional acorde con los instrumentos internacionales, el defensor puede ir recopilando pruebas que va a hacer valer a favor de su defendido, en ese sentido también debe ponerse a su disposición la posibilidad de requerir a medicina legal la cual debe ser un instituto independiente de la Fiscalía."

punto al manejo de la prueba se predicaron de todos los abogados e investigadores, indistintamente que hiciesen parte de la fiscalía, o de la defensa pública o privada.

Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: Ahora usted tiene razón en que la defensa no se meta a intervenir activamente en la investigación, porque ese sí [sic] sería pues otro procedimiento como el actual, una forma inquisitiva, pero es que estamos dejando claro aquí que lo único que puede hacer es ir preparándose para el juicio, no intervenir en la investigación. Yo no entiendo porque [sic] usted le da tanta trascendencia al hecho de que la gente se informe y allá por su cuenta se prepare para su defensa, pero le quiero decir algo más grave, tal como usted nos ha insinuado y propuesto todas estas normas, desde el Acto Legislativo 03, pasando por lo de la Fiscalía, la estructura de la Fiscalía, pasando por este Código, todo usted lo ha orientado a una situación dramática señor Fiscal y es que el Instituto de Medicina Legal está bajo su dirección, usted está ahora como dueño de Medicina Legal utilizando semejante capacidad para practicar nada menos las pruebas técnicas que van a ser las que más valgan en el juicio, las más importantes, y a usted le parece poquito poder disponer de ese Instituto de Medicina Legal y de la Policía Judicial y a más de eso no informar. ¿Qué sistema es el que vamos a crear entonces, si no se le informa a la gente? Mire señor Fiscal que si aprobamos esto como viene en la ponencia, el defensor no va a poder pedirle a Medicina Legal que le practique una prueba, ni va a poder pedírsela a la Fiscalía, lo único que va a poder hacer por su cuenta, ir pensando cómo va a llegar al juicio a hacer su defensa. Y de pronto procurando alguna prueba anticipada o procurando una información a la Fiscalía para que se preserve un elemento de prueba, pero no va a contradecir al Fiscal, ni a la Policía Judicial ni a nada, de manera señores Senadores que a mí me parece y entre otras cosas el haberme metido a ayudar a rendir esta ponencia, fue impulsado por la idea que ya se traía, porque esta no la propuse yo, de que la Fiscalía sí [sic] por lo menos comunique a las personas que las están investigando y obviamente que les diga, ¿por qué las está investigando?

La Presidencia abre la discusión del artículo 285 y ofrece el uso de la palabra al doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación: Iba a hacer una propuesta con la venia del Senador Héctor Helí, porque está negociada entre amigos como diría, pero no, es simplemente, como lo vimos, estábamos hablando coloquialmente, es simplemente para cambiar el texto del título que dice facultades de quien es potencialmente implicado y poner facultades de quien no es imputado. Me parece que es más técnico sustituir el potencialmente implicado por el no es imputado. Y que más bien a cambio de decir quien sea informado, es quien tenga conocimiento de que se adelante investigación en su contra, ahí está el texto completo. Es de conocimiento.

Proposición número 186

El artículo 285 del pliego de modificaciones quedará así:

Artículo 285. Facultades de quien no es imputado. Quien tenga conocimiento de que se adelanta indagación en su contra podrá asesorarse de abogado. Aquel, o este podrá buscar, identificar, recoger y embalar empíricamente los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa. Tales elementos, el informe sobre ellos, y las entrevistas que haya realizado con el fin de descubrir información veraz, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales, si se ha preservado y acreditado su autenticidad, identidad y origen.

Atentamente,

Doctor Luis Camilo Osorio,
Fiscal General de la Nación.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: Discusión, yo pacíficamente le acepto que cambie el título, lo cual ya es ventajoso de parte suya porque aquí yo he sido claro en diferenciar que en la etapa de la investigación, la flagrancia y la captura son distintas del simple averiguado, cambiémosle el título, pero dejemos que quien sea informado, porque el otro es volver a la que ya negamos decía usted, contestar al interesado, no.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación: Yo le quiero insistir con el argumento que nos dio hace un rato el profesor Carlos Gaviria, de pronto es más amplio quien tenga conocimiento de quien sea informado, porque quien tenga conocimiento, incluye también quien sea informado, pero...

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez: Señor Fiscal, usted y yo conocimos al discutir la ponencia, unos argumentos muy de peso que son los siguientes; si dejamos quien tenga conocimiento, van a comenzar las organizaciones criminales a infiltrar la Fiscalía y la Policía Judicial y esos serán los que tengan conocimiento, a mí me parece que el informado es una persona a quien la Fiscalía ya está averiguando y formalmente le comunica, pero uno no puede ser informado, sino a través de la Fiscalía, pero uno puede llegar al conocimiento por medio de un soplón, por medio de un policía, por medio de un notificador, eso es muy grave señor Fiscal, porque ahí yo fíjese que vuelvo a estar es como de lado inicial de su planteamiento de preservar la investigación lo más que podamos.

El único que puede informar, el único que tiene la obligación de informar es el Fiscal que está coordinando y dirigiendo la investigación. Si el individuo tiene conocimien-

to por otro medio señor Fiscal, no puede tener los derechos que se le dan aquí al potencial imputado para defenderse.

Mire y verá que nos queda mejor como está.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación:

Honorable Senador, como dicen los jugadores de tute, arrastre.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Retira la proposición el señor Fiscal, con el consenso que han alcanzado el Senador Héctor Helí Rojas y el Fiscal, se pone en consideración el artículo 285 tal como fue consensuado entre el Ponente y la Fiscalía. Como lo anunciara en su intervención el señor Fiscal General de la Nación, la Presidencia informa que de la proposición número 186 solo se tomará en cuenta la modificación relacionada con el título del artículo. Con la aclaración hecha por la Presidencia se cierra la discusión del artículo 285 con la modificación del título solicitada en la proposición número 186 y sometido a votación es aprobado por unanimidad.

El texto del artículo 285 aprobado es del siguiente tenor:

Artículo 285. *Facultades de quien no es imputado.* Quien sea informado de que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o sugerir a la Policía Judicial que lo haga. Tales elementos y el informe sobre ellos pueden ser utilizados en su defensa ante las autoridades judiciales.

También podrán entrevistar personas a fin de descubrir información útil que pueda ser empleada en su defensa ante las autoridades judiciales siempre que se garantice la cadena custodia¹⁰².

Tercera aproximación. Nuevamente se plantea la inquietud relacionada con la prueba producida por el Instituto Nacional de Medicina Legal. El temor manifiesto por los montajes probatorios

La adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal parece haber sido la mayor preocupación de los congresistas, no solo por estar involucrado dentro de

102 Acta 40 del 27 de mayo de 2004 Comisión Primera de Senado. *Gaceta no. 378 de 2004.*

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

la planta misma de la Fiscalía General de la Nación sino porque, conforme surge de las exposiciones, los congresistas partieron de la base del predominio y prácticamente aparente exclusividad de la llamada prueba técnica, entendiendo por tal la que es producida por científicos o a partir de métodos científicos¹⁰³.

Ciertamente, es un sesgo considerar que la prueba más importante en un modelo de procesamiento penal o de cualquier otra índole es la constituida por determinados expertos, tales como los médicos forenses que intervienen en los procesos en calidad de peritos. Esa es apenas una posibilidad que ni siquiera tiene que ser la más frecuente, puesto que ordinariamente la prueba testimonial es mucho más recurrida, fuera de la proveniente de personas expertas en artes o especialidades no asumidas por una entidad como la de medicina legal. La prueba técnica no necesariamente, y solo por excepción, constituye un instrumento de imputación jurídica del resultado; resulta mucho más adecuada a establecer condiciones de causalidad que de imputación jurídica.

Es una particularidad que el Congreso haya partido de la base conforme con la cual las exigencias probatorias propuestas en el nuevo código se hayan concentrado en la producción de lo que llamaron “prueba técnica”, expresión cuestionable en la medida en que todas las pruebas deben ser en sí mismas técnicas, al entender por tal el que el operador se guíe por criterios validados universalmente. Y, de la misma forma, haber concluido que la única prueba técnica es la que produce el Instituto de Medicina Legal.

De la primera inquietud surge una cierta concepción del procesamiento acusatorio, conforme con la cual ese esquema de enjuiciamiento reclama de suyo la sustentación en métodos científicos de las pretensiones de los adversarios. Significando que quien mejor logre sustentar su teoría del caso es el llamado a sobreponerse. Y de ello se desprende que quien mejor lo hace es quien más o mejores pruebas “técnicas” aduce en juicio.

Al respecto, surge una serie de inquietudes: ¿acaso para los congresistas el llamado sistema mixto abriga demostraciones menos científicas, o por decirlo de otro modo, este último método de enjuiciamiento admite formas completamente caprichosas de estructuración de la verdad judicial, mientras que el acusatorio reclama demostraciones verdaderas? ¿Por qué habrían de considerar los congresistas que en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 no tiene importancia la

103 Acta 095 correspondiente a la plenaria del 13 de abril de 2004. Cámara de Representantes. Publicada en la *Gaceta* 224 de 2005.

llamada por ellos “prueba técnica”? ¿Cómo, si es así, se conservó el modelo de enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000 mientras termina de implementarse el de la Ley 906 de 2004, y más allá en desarrollo de los procesos contra ellos mismos ante la Corte Suprema de Justicia?

Por otro lado, ¿la prueba testimonial no es igualmente técnica? ¿Por qué el Congreso de la República partiría de la base según la cual los abogados colombianos sabían perfectamente investigar, practicar interrogatorios, incorporar evidencia, etcétera?

Estos interrogantes parecen tener explicación en las deliberaciones acontecidas durante la plenaria del 13 de abril de 2004. Durante la exposición del informe de ponencia el representante Eduardo Enríquez Maya, a propósito del informe de ponencia del proyecto de ley de Código de Procedimiento Penal, mantuvo como preocupación predominante que lograra imponerse la “verdad del Estado, su verdad”, para lo cual disponía de un cuerpo de “veinte mil” funcionarios, entre quienes se encuentran los que producirán la prueba técnica que, a decir del congresista, resulta ser particularmente importante en este tipo de procesos, convirtiendo la Fiscalía en juez y parte¹⁰⁴.

Obsérvese que lo más preocupante para el expositor es, particularmente, que en la contraposición de adversarios uno de ellos tenga más posibilidades de convicción sobre el juez. Tal conclusión, sin embargo, no parece consecuente con el texto mismo del proyecto, teniendo en cuenta que uno de sus principios rectores informaba que el juez estaba llamado a realizar la verdad y la justicia, así como que el fiscal debe realizar una investigación objetiva, significando que ello debía garantizar la objetivación de un propósito más allá de la posición de parte de la Fiscalía. Se dejó ver no solo la escasa convicción que asistía a la Corporación respecto de una pretensión judicial de verdad real, es decir, de realización de la llamada *adequatio rei et intellectus*, cuando la preocupación resulta mucho más consecuente con la idea constructivista, conforme con la cual la verdad procesal es una verdad institucional, social o construida.

104 “Pero esa parte que acusa va a tener unas ventajas impresionantes especialmente contra los humildes que se vayan ha [sic] defender, esa parte que acusa se llama el Estado, con toda su capacidad de generar pruebas, algo así como veinte mil funcionarios buscando la verdad, su verdad, su verdad, ojo. Entonces, hago una primera reflexión y una primera pregunta para los señores ponentes, y una propuesta: El proceso hacia adelante va a tener mucha fortaleza, en ese proceso, la prueba técnica, que produce medicina legal. No es bueno que esa prueba técnica, producida por medicina legal, sea medicina legal precisamente, una entidad adscrita a la Fiscalía, que va a ser una de las partes. Porque lo que se va a debatir en el proceso, es precisamente esa prueba; uno no puede ser, entre comillas, juez y parte”. Acta 095 correspondiente a la plenaria del 13 de abril de 2004. Cámara de Representantes. Publicada en la *Gaceta 224 de 2005*.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

Por otra parte, parece que los temores relacionados con la preponderancia, aparente o real, de la Fiscalía se originaba en el temor a los llamados “montajes probatorios”, surgido de las prácticas de la llamada “justicia regional”. Es, sin embargo, una particularidad muy especial de la deliberación en cuanto las características de los procedimientos especiales que ejecutaron lo jueces de orden público (entre 1988 y 1991), los jueces regionales (entre 1991 y 1997) y los jueces especializados (entre 1997 y 2008), tuvieron características concretas que no surgían de una capacidad exorbitante basada en el predominio científico de los fiscales, sino en el poder actuar bajo reserva de identidad, tanto de fiscales como de jueces y hasta de testigos. Es decir, lo que menos se temía era la capacidad científica de la Fiscalía, antes bien, el poder utilizar métodos surgidos a favor de la seguridad personal y preservación de los procesos, como mecanismos de violación de los derechos humanos y las garantías fundamentales.

Sin embargo, la idea que circuló fue que el predominio científico de la Fiscalía basado en el Instituto de Medicina Legal conllevaría corrupción al posicionar a la entidad mediante el poder de producir pruebas irrefutables, falsas o no, pero de difícil cuestionamiento para la defensa. Tal argumentación señala una comprensión supina del enjuiciamiento penal en general y del acusatorio en particular, puesto que el predominio del Estado se reclama en proporción a la presunción de inocencia, es decir, es el Estado el comprometido en desvirtuar dicha presunción.

Por otra parte, refuerza la idea de la incompreensión general del tema del procedimiento, cuando fue señalada la figura de los agentes encubiertos como prueba de no haberse superado las limitaciones provenientes de la llamada justicia regional, puesto que de la exposición del congresista interviniente surge claro que lo señaló como mecanismo de diseño de “montajes probatorios”. La verdad es que, de una parte, dicha figura no la ideó la legislación colombiana sino que la consagró la Convención de Viena Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, sin que el Congreso haya reclamado alguna reserva frente a las disposiciones. Por otra parte, esa figura se introdujo por primera vez en la legislación nacional mediante el Código de Procedimiento Penal de 2000, es decir, el mismo Congreso que la cuestionaba ya la había previamente consagrado¹⁰⁵.

.....
105 “Intervención del honorable Representante Pedro José Arenas García: Gracias Presidente. Prácticamente es para advertir que reconozco y valoro muy positivamente las exposiciones de los doctores Eduardo Enríquez y el doctor Reginaldo Montes, en relación con el informe que los ponentes presentan a consideración de la Plenaria, a propósito de este proyecto de ley de Código de Procedimiento Penal. Pero hay unos aspectos en los que me gus-

Cuarta aproximación. Insistencia en la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal. Temores de corrupción

Durante la sesión del 23 de abril de 2004 se discutió el proyecto que creaba el Sistema Nacional de Defensoría Pública, y fue su propio ponente quien una vez más planteó el tema relacionado con la adscripción del Instituto de Medicina Legal¹⁰⁶. Pese a no resultar necesario pues difícilmente algún tema resultaba más consensuado que este, su reiteración no trajo ningún argumento novedoso; se insistió en que la norma constitucional que sujetaba el Instituto a la Fiscalía General de la Nación era transitoria y que, si bien consagrar su independencia se condicionaba a una reforma de ese nivel, que por cierto también en esta ocasión el ponente, Dr. Joaquín José Vives Pérez, prometió promover, se propuso modificar legalmente la Junta Directiva para darle cabida a la Defensoría del Pueblo.

En esta oportunidad no se dijo absolutamente nada nuevo relacionado con la justificación de permitir el acceso de la defensa a los servicios de la entidad, basados en la necesidad de equilibrar su condición respecto de las facultades probatorias de la Fiscalía. No obstante, a diferencia de lo que se venía diciendo, se agregó que pese a la consagración legal que permitía el acceso de la defensa a los servicios técnico-científicos de Medicina Legal, ello no pasaba de ser una

taria, sobre todo el doctor Eduardo Enríquez, que abundara con información, porque si bien se hizo una exposición general de los cambios, de las diferencias que hay, notorias obviamente, entre el sistema inquisitivo y el sistema penal acusatorio, aquí es necesario decir, doctor Enríquez y señores ponentes, que de alguna manera el proyecto de ley que estamos tratando tiene algo así como la característica de un Código de Procedimiento Penal antiterrorista. Entre otras cosas, el doctor Reinaldo Montes hacía alusión a que se va a acabar definitivamente con el montaje o los montajes en la recaudación de pruebas, y aún así doctor Enríquez, doctor Reginaldo y ponentes, encuentra uno, en el transcurso de varios artículos del proyecto de ley, una serie de mensajes o de frases que hacen alusión a agentes encubiertos, a informantes y a particulares que pueden cumplir funciones de agentes encubiertos que no tienen, según el texto, la característica de empleados del cuerpo técnico de investigaciones de la Fiscalía ni de ninguno de los órganos de la fuerza pública, ni son por lo tanto sujetos de las normas de carácter administrativo. Dice incluso, que pueden ser particulares en varios artículos del texto al que estamos haciendo mención. Y me gustaría mucho que entonces me aclararan ¿Por qué se ha advertido con tanta vehemencia que definitivamente se va a erradicar la práctica de los montajes en la recaudación de pruebas, y que se va evitar que en lo sucesivo ocurran cosas como las que sucedieron como, por ejemplo, con el obispo del Líbano Tolima, a quien un agente falso que después se retractó, le dio por señalar como auxiliador de un grupo al margen de la ley? Como el caso último muy conocido por la prensa de Hernando Hernández, Presidente de la Unión Sindical Obrera, caso en el cual dos testigos falsos después se retractaron diciendo que era que miembros de cuerpos de seguridad los habían obligado a declarar en contra de él, y así sucesivamente otra cantidad de casos ¿Por qué se permite que en este texto –que es supremamente garantista, y en eso le rogaría al doctor Enríquez Maya nos hagan las claridades suficientes en términos de esta exposición general que han hecho de manera brillante ante la Plenaria– que siga existiendo esta figura, que está ahí señalada como agente encubierto o particulares que pueden cumplir este tipo de funciones, lo que se asemeja a la tristemente recordada figura de los llamados testigos sin rostro?”. Acta 095 correspondiente a la plenaria del 13 de abril de 2004. Cámara de Representantes. Publicada en la *Gaceta* 224 de 2005.

106 Acta de plenaria 098 del 23 de abril de 2004 Cámara. *Gaceta* no. 295 de 2004.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

enunciación sin raigambre real. Lo que se sostuvo en sustento de esta idea fue que el director del Instituto haría lo que le ordenara su nominador¹⁰⁷.

La expresión, si bien aparenta ser una manifestación sensata acerca de la realidad pública, dejó a la sazón una grave inquietud relacionada con la pulcritud de la Fiscalía General de la Nación. Al sostenerse “Pero a mi juicio este artículo es

.....
107 “El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Joaquín Vives:

Sobre el artículo 60, señor Presidente, señores Representantes quisiera que me atendieran un minuto, porque este no por breve, no por ser el último artículo deja de ser (a mi juicio) la columna vertebral de este proyecto.

Nada hemos hecho con el resto del proyecto, señor Defensor, sino advertimos con detenimiento lo que va en el artículo 60, porque justamente se refiere al órgano técnico científico, al apoyo técnico científico que va a tener la defensoría pública dentro de todos esos procesos y en concreto aterriza el tema en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Hoy esta entidad está adscrita a la Fiscalía General de la Nación, la pregunta es: ¿En dónde debe estar esta entidad pagada con recursos estatales? ¿Al servicio de quién? ¿Al servicio de la Fiscalía? Pues va a estar exclusivamente al servicio de la prueba en contra del investigado. ¿Debe estar en igualdad de condiciones al servicio de la Defensoría Pública? Desde luego y eso es lo que intenta hacer el artículo, al señalar que desde luego también prestará el apoyo técnico-científico a las investigaciones que adelante la Defensoría Pública.

Pero a mi juicio este artículo es retórica, señor Defensor, el Instituto Nacional de Medicina Legal está al servicio de quien designa su director, de quién lo maneja, nos encontramos entonces frente a la pregunta donde debe estar adscrito, totalmente independiente, en la Fiscalía, en la Defensoría y nos encontramos frente a un problema primero de tipo constitucional al que quiero proponerle varias fórmulas.

Un artículo transitorio, doctor Germán Navas, transitorio de la Constitución del proceso constituyente de 1991 señaló que este instituto estaría adscrito a la Fiscalía General de la Nación.

La primera observación que hago es que es un artículo transitorio que no podemos creer que por esa razón es eterna, si son transitorios se agotan en algún momento, muchas disposiciones transitorias lo son no para adquirir rango constitucional sino por la necesidad que tenía ese proceso constituyente de adoptar una decisión inmediata sobre algunos temas siendo en su esencia temas de tratamiento legal. La transitoriedad no trata de darle una jerarquía sino una temporalidad hasta que quien sea el competente asuma el tema.

De manera que pienso que sería suficiente que el constituyente se ocupara del tema como es su función para agotar esa transitoriedad. Bien podría el Congreso de la República en este proyecto de ley tomar disposiciones sobre el lugar de la ubicación de ese instituto en la estructura administrativa de Colombia.

Pero, si no pudiésemos superar ese obstáculo, lo que sí no nos está restringido por ninguna parte, aun dejando adscrito (entre comillas) ese instituto a la Fiscalía, es regularlo como funciona por dentro, podríamos a través de esta ley determinar cómo se compone su junta directiva, establecer que habrá una representación paritaria de la Fiscalía y de la Defensoría Pública que el Director, Gerente o como se denomine quien rige esa entidad, sea nombrado por esa junta directiva, que se fuerce un acuerdo que dé real garantía de que esa prueba generada en ese instituto esté a disposición tanto de la Fiscalía, como de la Defensoría Pública.

De lo contrario aquí va a haber una defensa pública coja, aquí va a haber una defensa pública desigual. La Fiscalía tiene la misión de perseguir, de investigar, de fabricar sus pruebas y desde luego no va a ser gustoso de poner sus instrumentos al servicio de la destrucción de sus propias pruebas, eso no va a suceder si no intervenimos aquí, no hemos hecho ni la mitad del proyecto, doctor Velasco, si no le metemos el diente a esta disposición.

Lamentablemente en el afán no tengo en este momento redactada una norma, pero si me dan cinco minutos la hago para discutirlo, pero también quisiera conocer las opiniones de los Congresistas en tanto si nos atrevemos a entender que podemos cambiar esa adscripción agotando la temporalidad de la norma transitoria del proceso constituyente del 91 o de si sencillamente no nos metemos a integrar, a designar quiénes son los miembros de su junta directiva y cómo se designará quien regirá los destinos de esa entidad.

Esas son mis reflexiones, señor Presidente”. Acta de plenaria 098 del 23 de abril de 2004 Cámara. Gaceta no. 295 de 2004.

retórica, señor Defensor, el Instituto Nacional de Medicina Legal está al servicio de quien designa su director, de quién lo maneja...”, se cuestionó severamente al nominador del Director del Instituto Nacional de Medicina Legal, esto es, al Fiscal General de la Nación. En efecto, si el Instituto legalmente tiene la función de proveer asistencia técnica y científica tanto al fiscal como al defensor, ¿por qué razón se temía que favoreciera al primero? Dos probabilidades explican tal evento: por un lado, el temor reverencial; por otro, la indebida injerencia del nominador.

En el primer evento, lo que se habría planteado es que por temor reverencial el Instituto tendería a favorecer la condición del acusador. Sin embargo, ello no sucedería sino a consecuencia de temer sufrir represalias, y la única represalia sería ilegal, es decir, que se tomaran medidas contra los funcionarios por constituir dictámenes que favorezcan a la defensa, es decir, por dar fiel cumplimiento a sus deberes legales. Tal evento, de llegar a suceder, indudablemente sería expresivo de una irregularidad típica de abuso del cargo y manifestación de corrupción.

En el segundo evento, el fiscal interferiría la función de Medicina Legal obteniendo dictámenes que favorezcan su situación e, incluso, interfiriendo los dictámenes de su contraparte, de suerte que favorezcan sus pretensiones y afecten negativamente las de la defensa. En este caso se presentaría un delito contra la Administración de Justicia, situación igualmente catalogada de corrupta.

Por consiguiente, lo que planteó el ponente fue justificar la necesidad de independizar el Instituto Colombiano de Medicina Legal de la Fiscalía General de la Nación, ante el temor consistente en que las maniobras corruptas de esta última entidad afectaran ilícitamente los intereses de la defensa. Luego no fue propiamente una deficiencia en cuanto a las posibilidades reales de equilibrio en el acceso a la prueba técnico-científica lo que inquietaba al legislador, sino las prácticas administrativas ilegales del investigador.

Esta calificación le imprime una característica particular a las discusiones, incluso a las decisiones del Congreso, puesto que no es igual legislar evitando prácticas irregulares que hacerlo en busca de la realización de la justicia como valor constitucional, basado en el equilibrio de las posibilidades de las partes. En el primer evento, la legislación atiende una política mediática que acepta la existencia de una práctica que cuestiona los fundamentos mismos del Estado social de derecho, pues conviene que una entidad se estaría imponiendo de facto sobre otra o sobre las personas que ocupan cierta posición en el espacio judicial, y a

través de la ley se procura suprimirle escenarios de realización de su corruptela, pero sin suprimir las prácticas ilegales.

Lo que dista significativamente de la otra eventualidad anunciada, en que la ley aparece para que el Estado, en el conjunto de sus agregados administrativos, unívocamente realice un valor constitucional con respecto a los hechos realizados por personas que dispusieron no observar los métodos regulares de solución de conflictos o de interacciones sociales sujetas al control penal.

Si la ley atiende al primer móvil, se consagra el propio fracaso del Estado, en la medida en que surge la norma en defensa de las prácticas irregulares del Estado mismo, lo cual parece constitucionalmente contradictorio y, marcadamente anómico, se busca proteger a las personas de las autoridades surgidas para su protección, paradoja de difícil comprensión. En el segundo evento, el Estado se mantiene incólume, y es dicha integridad lo que se procura defender a través de la Ley.

Significa lo anterior que la inquietud surgida de la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal a la Fiscalía General de la Nación se explica en que el legislador partía de las prácticas irregulares de esta entidad, que resultaba ser lo que verdaderamente desequilibraba a la defensa respecto del acusador, al no estar interesado en restablecer el orden de la entidad, aceptó el estado de la misma, y legisló procurando salvar a la defensa de dichas prácticas, en cuanto le pareció probable. Que tal fue la convicción subyacente en el Congreso de la República lo ratificó la exposición de otro congresista, quien textualmente sostuvo estar de acuerdo con “el fondo de lo expuesto”, pero tan cierto era el riesgo que la solución planteada la pareció insuficiente:

Presidente:

Correcto. Doctor Velasco, ¿qué opinión tiene sobre las inquietudes del doctor Vives?

El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Luis Fernando Velasco:

Comparto de fondo, creo que ustedes me han escuchado reiteradas veces, tengo es algunas dudas de tipo constitucional que el doctor Vives nos puede ayudar a aclarar y ustedes mismos.

Hay una adscripción que está definido [sic] en (tal vez) el artículo transitorio, doctor Jota, ¿es el 27? Este artículo transitorio de la Constituyente del 91 definió cómo funcionaría la Fiscalía y trae un párrafo, un inciso, el sexto que dice: La Dirección Nacional

de Medicina Legal del Ministerio de Justicia con sus dependencias seccionales se integrará a la Fiscalía General como establecimiento público adscrito a la misma.

Esa adscripción como establecimiento público le entrega un grado de tutela importante de la Fiscalía a Medicina Legal, el doctor Vives plantea una solución que me parece inicialmente importante, mas no suficiente. Nosotros definimos en el artículo 60 del proyecto unas obligaciones de Medicina Legal frente a la Defensoría, pero de todas maneras el doctor Vives dice algo que es cierto. Mientras esté adscrita a la Fiscalía General y mientras el que lo nombra es el Fiscal, es evidente que responderá ante el Fiscal, va a ser bastante difícil que ese Director de Medicina Legal vea a la Defensoría como una institución frente a la cual tiene que responder aunque haya una previsión legal.

Entonces nosotros lo que podríamos hacer era recoger la afirmación, la propuesta del doctor Vives, pero de todas maneras los quiero invitar a que el 20 de julio presentaré, espero que con ustedes presentemos mejor dicho un proyecto de acto legislativo en donde suprimamos ese inciso del artículo 27 transitorio de la Constitución y lo retiramos a una ley en donde en esa ley de manera muy ágil que creo que hay un consenso político, la dirección de Medicina Legal sea un establecimiento público, ahí veremos qué tipo de estructura jurídica le damos, pero que dependan de alguna manera de una junta directiva como lo plantea el doctor Vives en donde haga presencia paritaria Defensoría y la Fiscalía, de pronto la Procuraduría podría actuar como un tercero para definir cualquier dificultad que surja entre las dos entidades se va a presentar, porque son evidentes las labores misionales de la Defensoría y de la Fiscalía, son totalmente distintas.

Entonces no le vería inconveniente doctor Vives, no sé si usted tenga lista la redacción, pero de todas maneras quiero dejar la inquietud indicando que tenemos que hacer (en mi concepto), de todas maneras, la reforma constitucional¹⁰⁸.

Quinta aproximación. La restricción del tratamiento de la prueba como un problema meramente económico, y el desequilibrio de las partes

En plenaria del Congreso cumplida el 9 de junio de 2004, el Senador Carlos Gaviria dejó una constancia relacionada con el proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara y 229 de 2004, radicación en el Senado, en que abordó de una forma un tanto más clara la temática del tratamiento de la prueba¹⁰⁹.

108 Acta de plenaria 098 del 23 de abril de 2004 Cámara. *Gaceta no. 295 de 2004.*

109 Acta de plenaria 50 del 09 de junio de 2004.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

En su exposición se propuso dejar claramente evidenciado el contraste que formulaba el proyecto, en tanto partía de la base de que tanto la defensa como la Fiscalía estaban comprometidas en la obtención de evidencia y medios de convicción en general, generando un desequilibrio mayúsculo a favor de la Fiscalía, fruto del reconocimiento de la potestad investigativa a la defensa.

Ciertamente, el Senador celebró dicha potestad, pero comparó las posibilidades reales de las partes observando que mientras la Fiscalía disponía de la suficiente entidad para exigir de otras instituciones públicas o privadas datos, documentos, elementos, etcétera, la defensa legalmente podía hacer otro tanto, sin haber sopesado que no la asistía el poder coercitivo, ni la capacidad humana, técnica, científica y presupuestal de su rival, puesto que el poder investigar le implicaría asumir los costos, surgidos desde la búsqueda y recolección, hasta completar el proceso de tratamiento de la prueba.

Curiosamente, el expositor señaló que el único capital seguro a disposición del defensor y el imputado estaba compuesto por lo que llamó “sus conocimientos y recursos particulares para adelantar la recolección de las pruebas”, cuando una visión más realista le habría informado que ni siquiera con ello se contaba¹¹⁰.

Importa en todo caso destacar que esta manifestación, junto con la del Dr. Gustavo Gómez Velásquez, llamaron la atención sobre aspectos importantes del tratamiento de la prueba, hasta ahora no abordados, lo que sin embargo no generó la reacción esperada, pues, como habrá lugar de advertirse, el Congreso no avanzó mayormente en el tema, en tanto no lo abordó ni exigió acciones concretas del Estado en curso a anticiparse a las prácticas judiciales que se conformarían de facto, sin orientación ni dinámica controlada.

Debe así mismo destacarse que la intervención del Senador Gaviria Díaz fue una constancia y no la propuesta de un debate orientado específicamente hacia una

110 “En materia probatoria, por ejemplo, el proyecto desconoce la evidente desigualdad de las partes imputado y órgano acusador en cuanto a su capacidad para recolectar pruebas y acceder a las pertinentes para su respectiva causa, y asume, por el contrario, que las partes poseen exactamente las mismas facilidades para acceder a los medios de prueba que habrán de obrar en el proceso. Mientras que el órgano acusador cuenta con la capacidad presupuestal y los medios coercitivos del Estado, el apoyo de todo el capital humano, científico y técnico de las entidades públicas y las facilidades logísticas propias de las relaciones interinstitucionales (ejemplo, la capacidad de oficiar a otras entidades públicas para que faciliten documentos y demás, delegar funciones, entre otras) para recoger las pruebas que le son útiles, el imputado y el defensor bien pueden contar a duras penas con sus conocimientos y recursos particulares para adelantar la recolección de las pruebas. Así, el artículo 285, por ejemplo, dispone que quien sea informado de que se adelanta una investigación en su contra podrá buscar, identificar, recoger, entre otros, elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos pero, aclara, a su costa. Así pues, el particular que aún no goza de la calidad de imputado es obligado a iniciar la carrera probatoria contra el Estado en una condición indiscutible de desigualdad de fuerzas. Esto obedece indudablemente al supuesto de eficiencia económica de trasfondo que anima el proyecto y que presume una igualdad inicial entre los agentes para efectos del acceso a cualquier recurso, incluyendo pruebas judiciales”. Acta de plenaria 50 del 09 de junio de 2004.

disposición o institución del proyecto, recurso que no pasó de ser una advertencia acerca de los extravíos reales o aparentes en que estaba incurriendo la Corporación. Lo que resulta curioso es que lo siguió otro senador que, utilizando el mismo método de la constancia, fue quizás el único que puntualizó el aspecto más crítico que acusaba la reforma en punto al tratamiento de la prueba, es decir, la falta de idoneidad de los operadores judiciales. Pero no puede el investigador pasar por alto la advertencia que hizo el mismo interviniente, cuando excusó el precario desarrollo de su constancia, en el hecho de no haber conocido con suficiente oportunidad el proyecto, pues hizo saber al Congreso que dispuso del mismo hasta el día anterior:

Gracias Presidente, en primer lugar yo voy a hacer una intervención muy corta, la verdad es que conocer este proyecto tan recientemente, la Gaceta salió ayer, pues no le da a uno el tiempo suficiente y el no pertenecer yo a la Comisión Primera pues no he podido empaparme, de manera que si llego a cometer algún desafuero, pues pediría excusas, pero la idea es contribuir en algo con el debate. Yo a manera de constancia, quisiera ojalá que algunas de las ideas que tengo acá y que en algunos aspectos coincido con la intervención del Senador Carlos Gaviria, pues si se puede mejorar cuando empecemos a discutir el articulado excelentísimo yo lo dejaría como una constancia señor Presidente, dice así...

Esto significa que al menos quienes quisieron abordar el tema del tratamiento de la prueba, si bien comprendieron las dimensiones y el alcance de la reforma, no conocieron el proyecto con suficiente antelación, y por consiguiente no estuvieron en condiciones de plantear una discusión importante sobre el particular.

Si a lo anterior agregamos que los congresistas, al menos en su gran mayoría, no son expertos en administración de justicia, el paso del proyecto por el Congreso no le imprimió ninguna mejoría, desarrollo ni motivación como orientador de la interpretación de las disposiciones.

Ciertamente, el Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona, en su constancia, señaló lo que en su criterio constituían los aspectos más críticos de lo que llamó “sistema acusatorio” para, a continuación, hacer referencias concretas al tratamiento de la prueba. Fue así como indicó como punto de partida que el esquema de enjuiciamiento planteado en el proyecto imponía a la defensa el desarrollo de sus propias investigaciones y, por consiguiente, el recaudo probatorio necesario para sustentar sus teorías del caso. Desde ese punto de vista distinguió dos tipos de necesidad: por un lado, “profesionalizar” a los operadores judiciales sin distinción, de suerte que pudieran asumir las

•El paso del proyecto por el Congreso de la República•

exigencias probatorias que les plateaba la reforma. Por otro, en cuanto el grueso de las defensas tendría que ser asumida por la Defensoría Pública debía fortalecerse y profesionalizarse, por lo cual demandó despolitizar la figura del Defensor del Pueblo.

A partir de este razonamiento reiteró que en materia de pruebas era preciso formar a los profesionales encargados de tal labor y observó respecto del artículo 202 del proyecto que facultaba la práctica de funciones de policía judicial a la Policía Nacional en los lugares donde el Estado carecía de funcionarios de policía judicial; precisamente la inquietud se basaba en que si existían nuevas y particulares exigencias profesionales acerca del manejo de la prueba, nada garantizaba que los funcionarios de la Policía que ocasionalmente se encontraran en la necesidad de recaudar evidencia lo hiciesen de forma regular.

Es evidente que este planteamiento, nada sistemático y con tendencias claramente políticas, señaló como ningún otro el aspecto más crítico del tratamiento de la prueba en el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal: justamente, el que los operadores existentes no se encontraban en condiciones de asumir las exigencias, no solo desde el punto de vista económico, sino particularmente desde el punto de vista de su capacitación profesional.

Evidentemente, la constancia parece cifrarse en la figura del defensor público, lo que no obsta señalar que sus deficiencias resultaban tan críticas como las de cualquier abogado que pretendiera intervenir en el proceso penal. De ahí que lo que llamó despolitización de la figura del Defensor del Pueblo no haya sido pertinente, aunque bien intencionada, imprimiéndole un sesgo político a la intervención¹¹¹.

111 "Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona, quien da lectura a una constancia:

Constancia

PROYECTO DE LEY 229 DE 2004 SENADO, 01 DE 2003 CÁMARA

por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Aspectos críticos del Sistema Acusatorio:

No se debe dejar de mencionar que un grave problema estructural, de la justicia, es la de no contar con los recursos económicos suficientes para que sus operadores puedan cumplir sus funciones con los elementos técnico-científicos suficientes que le permitan actuar dentro de los términos que impidan la morosidad hoy reinante en nuestros despachos judiciales y que es uno de los factores que generan mayor impunidad.

De la Defensa:

Es evidente que el nuevo sistema es adversativo, pone al ciudadano objeto de una investigación penal en condiciones de inferioridad frente al Estado, por esto se requiere que el artículo 119 se modifique en su inciso segundo y haga como obligatorio que el presunto implicado en una investigación deberá designar defensor o en su defecto el Estado debe proveerlo de una defensa técnica.

Conclusiones

Así concluyeron las aproximaciones del Congreso de la República, de donde surge claramente que, en mayor o menor medida, la Corporación fue consciente de las exigencias planteadas por el esquema procesal sobreviniente, respecto del manejo de la prueba. Es bastante claro que para el Legislativo, a partir del nuevo código de procedimiento penal, se precisaba de una mayor acreditación de la producción científica y técnica de la prueba, lo cual a su paso impondría desarrollar procesos más eficaces en cuanto a técnicas de ubicación, obtención y recolección, en fin, de investigación criminal, exigencia que no solo estaba predicada de la Fiscalía General de la Nación sino a la par de los abogados que intervinieran en condición de defensores, agregaríamos que también como representantes de las víctimas, en tanto se aprobaron disposiciones que los facultaban para desarrollar investigaciones propias, esto es, paralelas a la correspondiente al fiscal.

Una mal entendida interpretación de la tipología procesal les llevó a identificar los métodos probatorios con el origen de las pruebas, llegando a plantearse que

En todas las instancias del proceso se debe garantizar el derecho a la defensa, por eso es menester reclamar con todo vigor un sistema nacional de defensoría pública acorde a las nuevas necesidades que implica la adopción de este nuevo sistema, no podemos aceptar que estudiantes recién egresados se enfrenten solos y sin los medios técnicos y científicos necesarios para actuar en juicio, pues esto negaría el principio universal que reclamamos (derecho a la defensa).

En este tema se hace necesario recabar que con la adopción de este nuevo sistema las pruebas de descargo corren por cuenta exclusiva del comprometido y su defensor, motivo por el cual es a ellos a quienes les corresponde el recaudo probatorio favorable a sus planteamientos.

Es por ello que se hace necesario generar mecanismos que permitan sin mayores contratiempos a la defensa ejercer con prontitud y profesionalismo su labor.

Estas breves consideraciones me permiten reafirmar que la Defensoría Pública debe convertirse en una institución ejemplar para el país, se requiere entonces despojar de cualquier interés político la figura del Defensor del Pueblo, debe escogerse este de candidatos que presente la asociación de los abogados litigantes, así mismo se requiere de dotarlo de los instrumentos necesarios que permitan de manera real y efectiva ejercer una defensa técnica.

[...]

De los Medios de Prueba:

Con el nuevo sistema las pruebas de carácter científico deben prevalecer y por ello se hace indispensable la profesionalización de peritos e investigadores, de igual manera surgen dudas frente al parágrafo del artículo 202 donde nos informa, que en los lugares del territorio nacional donde no hubieren miembros de la Policía Judicial, de la Policía Nacional estas funciones la podrá ejercer la Policía Nacional, en mi criterio esto es abiertamente inconstitucional, y permitirá que la manipulación de las pruebas quede al orden del día conculcando los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Luis Carlos Avellaneda Tarazona,

Senador de la República”.

el nuevo esquema procesal reclamaba más pruebas técnico-científicas, lo que les llevó a considerar que el punto crítico era precisamente la adscripción del Instituto Colombiano de Medicina Legal. Si bien es cierto que la prueba médico legal debe provenir de instituciones autónomas, es decir, no comprometidas con ninguna de las partes, no puede confundirse el tipo de prueba producida a través de métodos médicos, químicos, físicos o biológicos con la existencia de técnicas preestablecidas para la investigación, obtención, recaudo, conservación, exhibición e incorporación de cualquier medio probatorio. Es así como no puede ignorarse que existen técnicas de interrogatorio, en cuya ausencia se pierde la prueba como tal, sin intervención alguna de médicos forenses. De la misma forma existen técnicas y métodos universalmente válidos y, por ello mismo, científicos, para realizar entrevistas, o verificaciones del escenario del delito, en que no se precisa de la intervención de médicos forenses, ni grafólogos, psicólogos o balísticos, y por ello dichos métodos no dejan de ser técnicos e incluso científicos y cualquier abogado, sea fiscal o defensor, precisa al menos conocer para poder sustentar sus propias pruebas o controvertir las exhibidas o incorporadas contra su pretensión.

Por esta razón la discusión resultó marcadamente parcializada, en cuanto se estimó que la prueba más importante sería la proveniente de medicina legal, dejando por fuera las restantes, entre las cuales se encuentra la más recurrida, y por lo mismo la más importante, esto es, la prueba testimonial, que si bien puede llegar a involucrar la intervención de médicos o sicólogos forenses, no es así necesariamente, más aún, sería muy extraña la situación en que se arribe a una sentencia donde no se haya analizado al menos un testimonio, lo que conlleva que es la prueba más importante y que en materia de manejo de la prueba debió preocupar mucho más al Congreso, en su ánimo por garantizar que las partes obtuvieran suficientes condiciones para consolidar a partir de ella la sustentación fáctica de sus teorías del caso. De hecho, no indagó el Congreso si era igual interrogar un testigo bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 y si los abogados colombianos se encontraban en condiciones de asumir las exigencias planteadas por el nuevo procesamiento.

Contribuyó a este sesgo el postular que el equilibrio de las partes estaba garantizado con la presunción de inocencia y que, por consiguiente, el investigador del Estado que actuaba en apoyo del fiscal debía ser el único capacitado. Una crítica desinformación acerca de las defensas argumentativas, afirmativas y de impugnación permitió que se deslizaran silenciosamente y sin atención alguna

las necesidades investigativas para los defensores, particularmente los privados, pues alguna atención se prestó a las necesidades de la defensa pública.

Quizás el principal factor que haya desencadenado un nivel tan precario en cuanto a las deliberaciones obedeció, por una parte, a que los congresistas no se distinguieron por ser personas específicamente capacitadas en administración de justicia penal, condición que si bien es compartida en la mayor parte de las áreas de las que se ocupa una entidad con facultades legislativas, no dejan de contar con recursos para valerse de asesores expertos. Tal condición fue por cierto la que generó el surgimiento de la Ley 1147 de 2007, mediante la cual se crean los cuerpos de apoyo especializado a la actividad legislativa, basada no solo en el apoyo de expertos sino en el desarrollo de investigaciones sociojurídicas como bases de formulación de propuestas legislativas.

Pero lo que sí resulta criticable es que se hayan desarrollado las deliberaciones cuando los mismos congresistas no se habían enterado del texto del proyecto. Recuérdese que quienes con mayor ahínco señalaron los inconvenientes relacionados con el tratamiento de la prueba lo hicieron habiéndose enterado del proyecto el día anterior a la deliberación.

Acaso las condiciones anteriores hayan conllevado por consecuencia que si bien se tocaron algunas expresiones de la temática, lo cierto es que se trató de manifestaciones fragmentarias, deshilvanadas y mal sustentadas.

Por otra parte, el sesgo político de las deliberaciones fue evidente, y con frecuencia se cayó en la búsqueda de elementos de juicio para blindar al procesado de los excesos de la Fiscalía, de manera que las propuestas alternativas al proyecto inicial no fueron significativas, al menos en cuanto pudo haberse sugerido como reclamo de implementación en términos de capacitación.

De la misma forma, las escasas aproximaciones al tema del manejo de la prueba tendieron a cifrarse en uno de los actores judiciales, como es la policía judicial, sin abordar seriamente las implicaciones que tenían las deficiencias, de las cuales fueron conscientes, respecto de los abogados en general, lo cual sugiere que en criterio del Congreso no era algo que le competía, sino que se abandonó a otros sectores, entre los cuales es preciso señalar el académico.

Otras deliberaciones asumieron algunos otros aspectos probatorios que en manera alguna enriquecieron el manejo de la prueba, por ejemplo, constan en acta N° 99 del 21 de abril de 2004 Cámara, publicada en la gaceta 296 de 2004,

que se presentaron múltiples discusiones acerca de la manera idónea para identificar a las personas, lo cual no constituye otra cosa que la reiteración del mismo estado de las deliberaciones que ha habido oportunidad de comentar.

Las consecuencias de esta situación son evidentes. Por una parte, las bases del proyecto son, al menos en cuanto al manejo de la prueba, tan limitadas que no alcanzan a constituir una auténtica base de interpretación, que permita la identificación de los límites intencionales del legislador en la materia. Como consecuencia, el desarrollo normativo y motivo ausentes echó las bases para que el tratamiento de la prueba quedara abandonado a la dinámica de las prácticas judiciales. Esto no es por sí mismo cuestionable, sin embargo, cuando la mayor parte de los actores, entre ellos los jueces, ignoran las técnicas básicas, las prácticas se tornan caprichosas, al menos mientras se consolida el asentamiento de las mismas prácticas mediante el consenso.

Precisamente en este instante adquiere un peso concreto la categoría aplicada de la individuación de las instituciones, que se considerará a fondo en el instante en que se verifiquen las deficiencias, y de inmediato asoma el tipo de intervención que debe propiciar la academia.

Otro tipo de deficiencia surgida del nivel de las deliberaciones, predicable con el mismo compromiso de la Comisión Redactora Constitucional como del Congreso, es que se dejaron vacíos legislativos impostergables, como por ejemplo el no haber entrado a reglamentar el servicio de investigadores privados.

Si no se hizo fue ante todo porque el Congreso no estaba suficientemente informado ni mucho menos consciente de la importancia, necesidad y urgencia de contar la defensa y, en fin, los abogados que intervinieran, fuesen públicos o privados, dispusieran con aceptación en el espacio judicial, de cuerpos complejos de investigadores a su servicio. Estas personas, expertos en su área, son absolutamente necesarios en la sustentación de las actuaciones, bien de los defensores, sin dejar de lado a los representantes de las víctimas, quienes se encuentran igualmente facultados, máxime a partir de recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional constitutivos de línea jurisprudencial.

Otra deficiencia del mismo orden que debe señalarse fue no haber facultado al gobierno o directamente a las escuelas de derecho para apropiarse sus programas conforme a las exigencias de capacitación sobrevivientes, para el desarrollo óptimo de los procesos, como base esencial de desarrollo de competencias, destrezas

y habilidades de litigación. Este ha sido uno de los más importantes obstáculos a la falta de compromiso y contribución de las academias superiores al proceso de implementación del procesamiento acusatorio y adversarial, dando lugar al surgimiento de múltiples escuelas de criminalística, paralelas a la formación jurídica de los abogados, lo cual está generando la práctica de una completa amenidad del abogado respecto de la investigación. Es decir, el investigador se forma como investigador, pero el abogado se forma sin consciencia de tener que disponer de un suficiente manejo de la prueba, ni de las bases mínimas de investigación, tornándose inconsciente de la necesidad de tener que apoyarse en los servicios de un investigador, así que no valora los servicios que este le prestaría.

Todo este tipo de deficiencias, en últimas, solo perjudican a la administración de justicia, a los procesados y a las víctimas del delito.

Cuadro comparativo entre los textos puestos a consideración del Congreso de la República y los textos conciliados

TEXTO DEL PROYECTO	TEXTOS CONCILIADOS
<p>Órganos de indagación e investigación</p> <p>Artículo 201. <i>Órganos.</i> Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.</p> <p>En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del Fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la Policía Judicial, en los términos previstos en este Código.</p> <p>Por Policía Judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus Delegados.</p>	<p>Órganos de indagación e investigación</p> <p>Artículo 200. <i>Órganos.</i> Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.</p> <p>En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código.</p> <p>Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 202. <i>Órganos de Policía Judicial Permanente.</i> Ejercen permanentemente las funciones de Policía Judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas.</p> <p>Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de Policía Judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional.</p>	<p>Artículo 201. <i>Órganos de policía judicial permanente.</i> Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas.</p> <p>Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional.</p>
<p>Artículo 203. <i>Órganos que ejercen funciones permanentes de Policía Judicial de manera especial dentro de su competencia.</i> Ejercen permanentemente funciones especializadas de Policía Judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Procuraduría General de la Nación. 2. La Contraloría General de la República. 3. Las autoridades de tránsito. 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. 5. Los Directores Nacional y Regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. 6. Los alcaldes. 7. Los inspectores de policía. <p>Parágrafo. Los directores de estas entidades en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.</p>	<p>Artículo 202. <i>Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.</i> Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Procuraduría General de la Nación. 2. La Contraloría General de la República. 3. Las autoridades de tránsito. 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. 5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. 6. Los alcaldes. 7. Los inspectores de policía. <p>Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.</p>
<p>Artículo 204. <i>Órganos que ejercen transitoriamente funciones de Policía Judicial.</i> Ejercen funciones de Policía Judicial, de manera transitoria, los entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello. Estos deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.</p>	<p>Artículo 203. <i>Órganos que ejercen transitoriamente funciones de policía judicial.</i> Ejercen funciones de policía judicial, de manera transitoria, los entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello. Estos deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.</p>

<p>Artículo 205. <i>Órgano técnico-científico.</i> El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de Policía Judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.</p> <p>La Fiscalía General de la Nación, el imputado o su defensor se apoyarán, cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.</p> <p>También prestarán apoyo técnico-científico los laboratorios forenses de los organismos de Policía Judicial.</p>	<p>Artículo 204. <i>Órgano técnico-científico.</i> El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.</p> <p>La Fiscalía General de la Nación, el imputado o su defensor se apoyarán, cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.</p> <p>También prestarán apoyo técnico-científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial.</p>
<p>Artículo 206. <i>Actividad de Policía Judicial en la indagación e investigación.</i> Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de Policía Judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver y entrevistas. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas y se someterán a cadena de custodia.</p> <p>Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.</p> <p>Del inicio de la indagación se presentará un informe ejecutivo al Fiscal competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que asuma su control y dirección.</p> <p>Las autoridades de Policía Judicial harán un reporte de iniciación de su actividad en cada caso para que la Fiscalía General de la Nación asuma la dirección de la investigación inmediata.</p>	<p>Artículo 205. <i>Actividad de policía judicial en la indagación e investigación.</i> Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.</p> <p>Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.</p> <p>Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.</p> <p>En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.</p>

<p>Artículo 207. <i>Entrevista.</i> Cuando la Policía Judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.</p> <p>La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista.</p>	<p>Artículo 206. <i>Entrevista.</i> Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.</p> <p>La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista.</p>
<p>Artículo 208. <i>Declaración jurada.</i> El Fiscal General de la Nación o su Delegado podrá disponer que se le reciba declaración jurada sobre los hechos al testigo de especial utilidad, descubierto en la entrevista o a través de cualquier otro medio lícito, la cual se recogerá por escrito, en cinta magnetofónica o en vídeo, con las siguientes finalidades:</p> <ol style="list-style-type: none">a) Que sirva como medio de recordar en el momento en que deba rendir testimonio ante el Juez;b) Lograr que el testigo tenga mayor cuidado al recordar y relatar los hechos;c) Refrescar la memoria del testigo en el juicio posterior;d) Dar al Fiscal una noción de la calidad y grado de la información con la que cuenta.	

<p>Artículo 209. <i>Programa metodológico.</i> Recibido el informe de que trata el artículo 206, el Fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la Policía Judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el Fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito la ampliación del equipo investigativo.</p> <p>Durante la sesión de trabajo, el Fiscal, con el apoyo de los integrantes de la Policía Judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.</p> <p>En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el Fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.</p> <p>Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la Policía Judicial.</p>	<p>Artículo 207. <i>Programa metodológico.</i> Recibido el informe de que trata el artículo 204, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito la ampliación del equipo investigativo.</p> <p>Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.</p> <p>En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.</p> <p>Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.</p>
---	---

<p>Artículo 210. <i>Actividad de Policía.</i> Cuando en ejercicio de la actividad de Policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este Código, en desarrollo de registro personal, inspección corporal, registro de vehículos y otras diligencias similares, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la Policía Judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la Policía Judicial.</p>	<p>Artículo 208. <i>Actividad de policía.</i> Cuando en ejercicio de la actividad de policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, inspección corporal, registro de vehículos y otras diligencias similares, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial.</p>
<p>Artículo 211. <i>Informe de investigador de campo.</i> El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe;b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad investigativa antes mencionada;c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia;d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado.	<p>Artículo 209. <i>Informe de investigador de campo.</i> El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe;b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad investigativa antes mencionada;c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia;d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado.

<p>Artículo 212. <i>Informe de investigador de laboratorio.</i> El informe del investigador de laboratorio tendrá las siguientes características:</p> <p>a) La descripción clara y precisa del elemento material probatorio y evidencia física examinados;</p> <p>b) La descripción clara y precisa de los procedimientos técnicos empleados en la realización del examen y, además, informe sobre el grado de aceptación de dichos procedimientos por la comunidad técnico-científica;</p> <p>c) Relación de los instrumentos empleados e información sobre su estado de mantenimiento al momento del examen;</p> <p>d) Explicación del principio o principios técnicos y científicos aplicados e informe sobre el grado de aceptación por la comunidad científica;</p> <p>e) Descripción clara y precisa de los procedimientos de su actividad técnico-científica;</p> <p>f) Interpretación de esos resultados.</p>	<p>Artículo 210. <i>Informe de investigador de laboratorio.</i> El informe del investigador de laboratorio tendrá las siguientes características:</p> <p>a) La descripción clara y precisa del elemento material probatorio y evidencia física examinados;</p> <p>b) La descripción clara y precisa de los procedimientos técnicos empleados en la realización del examen y, además, informe sobre el grado de aceptación de dichos procedimientos por la comunidad técnico-científica;</p> <p>c) Relación de los instrumentos empleados e información sobre su estado de mantenimiento al momento del examen;</p> <p>d) Explicación del principio o principios técnicos y científicos aplicados e informe sobre el grado de aceptación por la comunidad científica.</p> <p>e) Descripción clara y precisa de los procedimientos de su actividad técnico-científica;</p> <p>f) Interpretación de esos resultados.</p>
<p>Artículo 213. <i>Grupos de tareas especiales.</i> Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo de tareas especiales, el Fiscal jefe de la unidad respectiva solicitará la autorización al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su Delegado.</p> <p>El grupo de tareas especiales se integrará con los Fiscales y miembros de Policía Judicial que se requieran, según el caso, y quienes trabajarán con dedicación exclusiva en el desarrollo del programa metodológico correspondiente.</p> <p>En estos eventos, el Fiscal, a partir de los hallazgos reportados por la Policía Judicial, deberá rendir informes semanales de avance al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su Delegado, con el fin de evaluar los progresos del grupo de tareas especiales.</p> <p>Según los resultados, el Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su Delegado podrá reorganizar o disolver el grupo de tareas especiales.</p>	<p>Artículo 211. <i>Grupos de tareas especiales.</i> Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo de tareas especiales, el fiscal jefe de la unidad respectiva solicitará la autorización al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado.</p> <p>El grupo de tareas especiales se integrará con los fiscales y miembros de policía judicial que se requieran, según el caso, y quienes trabajarán con dedicación exclusiva en el desarrollo del programa metodológico correspondiente.</p> <p>En estos eventos, el fiscal, a partir de los hallazgos reportados por la policía judicial, deberá rendir informes semanales de avance al Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado, a fin de evaluar los progresos del grupo de tareas especiales.</p> <p>Según los resultados, el Fiscal General de la Nación, Director Nacional o Seccional de Fiscalía o su delegado podrá reorganizar o disolver el grupo de tareas especiales.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 214. <i>Análisis de la actividad de Policía Judicial en la indagación e investigación.</i> Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la Policía Judicial y analizados los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el Fiscal ordenará rehacer lo pertinente e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.</p> <p>En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación.</p> <p>Para cumplir la labor de control de Policía Judicial en la indagación e investigación, el Fiscal dispondrá de acceso ilimitado y en tiempo real, cuando sea posible, a la base de datos de Policía Judicial.</p>	<p>Artículo 212. <i>Análisis de la actividad de policía judicial en la indagación e investigación.</i> Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la policía judicial y analizados los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.</p> <p>En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación.</p> <p>Para cumplir la labor de control de policía judicial en la indagación e investigación, el fiscal dispondrá de acceso ilimitado y en tiempo real, cuando sea posible, a la base de datos de policía judicial.</p>
<p>Artículo 215. <i>Inspección del lugar del hecho.</i> Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de Criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.</p> <p>El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, vídeo o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.</p> <p>La Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección. De toda la diligencia se levantará un acta que debe suscribir el funcionario y las personas que la atendieron, colaboraron o permitieron la realización.</p>	<p>Artículo 213. <i>Inspección del lugar del hecho.</i> Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.</p> <p>El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, vídeo o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.</p> <p>La Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección. De toda la diligencia se levantará un acta que debe suscribir el funcionario y las personas que la atendieron, colaboraron o permitieron la realización.</p>

<p>Artículo 216. <i>Inspección de cadáver.</i> En caso de homicidio o de hecho que se presume como tal, la Policía Judicial inspeccionará el lugar y embalará técnicamente el cadáver, de acuerdo con los manuales de Criminalística. Este se identificará por cualquiera de los métodos previstos en este Código y se trasladará al centro médico legal con la orden de que se practique la necropsia.</p> <p>Cuando en el lugar de la inspección se hallaren partes de un cuerpo humano, restos óseos o de otra índole perteneciente a ser humano, se recogerán en el estado en que se encuentren y se embalarán técnicamente. Después se trasladarán a la dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o centro médico idóneo, para los exámenes que correspondan.</p>	<p>Artículo 214. <i>Inspección de cadáver.</i> En caso de homicidio o de hecho que se presume como tal, la policía judicial inspeccionará el lugar y embalará técnicamente el cadáver, de acuerdo con los manuales de criminalística. Este se identificará por cualquiera de los métodos previstos en este código y se trasladará al centro médico legal con la orden de que se practique la necropsia.</p> <p>Cuando en el lugar de la inspección se hallaren partes de un cuerpo humano, restos óseos o de otra índole perteneciente a ser humano, se recogerán en el estado en que se encuentren y se embalarán técnicamente. Después se trasladarán a la dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o centro médico idóneo, para los exámenes que correspondan.</p>
<p>Artículo 217. <i>Inspecciones en lugares distintos al del hecho.</i> La inspección de cualquier otro lugar, diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo.</p>	<p>Artículo 215. <i>Inspecciones en lugares distintos al del hecho.</i> La inspección de cualquier otro lugar, diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo.</p>
<p>Artículo 218. <i>Aseguramiento y custodia.</i> Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos 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.</p>	<p>Artículo 216. <i>Aseguramiento y custodia.</i> Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos 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.</p>
<p>Artículo 219. <i>Exhumación.</i> Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el Fiscal así lo dispondrá. La Policía Judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al Centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.</p>	<p>Artículo 217. <i>Exhumación.</i> Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.</p>

<p>Artículo 220. <i>Aviso de ingreso de presuntas víctimas.</i> Quien en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de Policía Judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.</p>	<p>Artículo 218. <i>Aviso de ingreso de presuntas víctimas.</i> Quien en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.</p>
<p>Artículo 221. <i>Procedencia de los registros y allanamientos.</i> El Fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la Policía Judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, solo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.</p>	<p>Artículo 219. <i>Procedencia de los registros y allanamientos.</i> El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, solo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.</p>
<p>Artículo 222. <i>Fundamento para la orden de registro y allanamiento.</i> Solo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para 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.</p>	<p>Artículo 220. <i>Fundamento para la orden de registro y allanamiento.</i> Solo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para 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.</p>

<p>Artículo 223. <i>Respaldo probatorio para los motivos fundados.</i> Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán 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.</p> <p>Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el Fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la Policía Judicial deberá precisar al Fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el Juez de Control de Garantías.</p> <p>Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el Fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la Policía Judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.</p>	<p>Artículo 221. <i>Respaldo probatorio para los motivos fundados.</i> Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán 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.</p> <p>Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.</p> <p>Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.</p>
<p>Artículo 224. <i>Alcance de la orden de registro y allanamiento.</i> La orden expedida por el Fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.</p> <p>De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el Fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.</p>	<p>Artículo 222. <i>Alcance de la orden de registro y allanamiento.</i> La orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.</p> <p>De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.</p>

<p>Artículo 225. <i>Objetos no susceptibles de registro.</i> No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados, siempre que esta relación se establezca.2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cubre también los documentos digitales, vídeos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción. <p>Parágrafo. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.</p>	<p>Artículo 223. <i>Objetos no susceptibles de registro.</i> No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cubre también los documentos digitales, vídeos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción. <p>Parágrafo. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.</p>
<p>Artículo 226. <i>Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.</i> La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el Fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.</p>	<p>Artículo 224. <i>Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.</i> La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.</p>

Artículo 227. *Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.* Durante la diligencia de registro y allanamiento la Policía Judicial deberá:

1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche.

2. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.

3. Se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito.

4. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella.

5. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el funcionario de la Policía Judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello.

Artículo 225. *Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento.* Durante la diligencia de registro y allanamiento la policía judicial deberá:

1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte razonable suponer que la única manera de evitar la fuga del indiciado o imputado o la destrucción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, sea actuar durante la noche.

2. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.

3. Se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito.

4. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella.

5. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 228. <i>Allanamientos especiales.</i> Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor gocen de inmunidad diplomática o consular, el Fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.</p>	<p>Artículo 226. <i>Allanamientos especiales.</i> Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor gocen de inmunidad diplomática o consular, el fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.</p>
<p>Artículo 229. <i>Acta de la diligencia.</i> En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.</p>	<p>Artículo 227. <i>Acta de la diligencia.</i> En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.</p>
<p>Artículo 230. <i>Devolución de la orden y cadena de custodia.</i> Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la Policía Judicial informará al Fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados.</p> <p>En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la Policía Judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del Fiscal, junto con el respectivo informe.</p>	<p>Artículo 228. <i>Devolución de la orden y cadena de custodia.</i> Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados.</p> <p>En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe.</p>
<p>Artículo 231. <i>Procedimiento en caso de flagrancia.</i> En las situaciones de flagrancia, la Policía Judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.</p>	<p>Artículo 229. <i>Procedimiento en caso de flagrancia.</i> En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.</p>

<p>Artículo 232. <i>Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento.</i> Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro. 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado. 3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. 4. Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado. <p>Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.</p>	<p>Artículo 230. <i>Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento.</i> Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro. 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado. 3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. 4. Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado. <p>Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.</p>
--	--

<p>Artículo 233. <i>Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos.</i> Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el Juez de Control de Garantías o ante el Juez de Conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.</p>	<p>Artículo 231. <i>Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos.</i> Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.</p>
<p>Artículo 234. <i>Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.</i> La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del Fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este Código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.</p> <p>Se exceptúan de la exclusión anterior aquellos registros en donde la Policía Judicial actuó de buena fe, derivada del convencimiento, objetiva y razonablemente fundado, de que la orden fue correctamente expedida por la Fiscalía General de la Nación.</p>	<p>Artículo 232. <i>Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos.</i> La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.</p>

<p>Artículo 235. <i>Retención de correspondencia.</i> El Fiscal General o su Delegado podrá ordenar a la Policía Judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que existe información útil para la investigación.</p> <p>En estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.</p> <p>Así mismo, podrá solicitarse a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado.</p> <p>Similar procedimiento podrá autorizarse para que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él.</p> <p>Las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contempladas en este artículo no podrán extenderse por un período superior a un (1) año.</p>	<p>Artículo 233. <i>Retención de correspondencia.</i> El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la policía judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que existe información útil para la investigación.</p> <p>En estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.</p> <p>Así mismo, podrá solicitarse a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado.</p> <p>Similar procedimiento podrá autorizarse para que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él.</p> <p>Las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contempladas en este artículo no podrán extenderse por un período superior a un (1) año.</p>
<p>Artículo 236. <i>Examen y devolución de la correspondencia.</i> La Policía Judicial examinará la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios y evidencia física que resulten relevantes a los fines de la investigación, en un plazo máximo de doce (12) horas, informará de ello al Fiscal que expidió la orden.</p> <p>Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente ordenará el desciframiento por peritos en criptografía, o su traducción.</p> <p>Si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta.</p> <p>Una vez formulada la imputación, o vencido el término fijado en el artículo anterior, la Policía Judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación.</p> <p>Lo anterior no será obstáculo para que pueda ser devuelta con anticipación la correspondencia examinada, cuya apariencia no se hubiera alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.</p>	<p>Artículo 234. <i>Examen y devolución de la correspondencia.</i> La policía judicial examinará la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios y evidencia física que resulten relevantes a los fines de la investigación, en un plazo máximo de doce (12) horas, informará de ello al fiscal que expidió la orden.</p> <p>Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente ordenará el desciframiento por peritos en criptografía, o su traducción.</p> <p>Si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta.</p> <p>Una vez formulada la imputación, o vencido el término fijado en el artículo anterior, la policía judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación.</p> <p>Lo anterior no será obstáculo para que pueda ser devuelta con anticipación la correspondencia examinada, cuya apariencia no se hubiera alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 237. <i>Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares.</i> El Fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.</p> <p>En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.</p> <p>Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.</p> <p>La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del Fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.</p>	<p>Artículo 235. <i>Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares.</i> El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.</p> <p>En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.</p> <p>Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.</p> <p>La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.</p>
<p>Artículo 238. <i>Recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.</i> Cuando el Fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.</p> <p>En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.</p> <p>La aprehensión de que trata este artículo, se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados.</p>	<p>Artículo 236. <i>Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.</i> Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.</p> <p>En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.</p> <p>La aprehensión de que trata este artículo, se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados.</p>

<p>Artículo 239. <i>Audiencia de control de legalidad posterior.</i> Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el Fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.</p> <p>Durante el trámite de la audiencia solo podrán asistir, además del Fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.</p> <p>El Juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del Fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.</p> <p>Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.</p>	<p>Artículo 237. <i>Audiencia de control de legalidad posterior.</i> Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.</p> <p>Durante el trámite de la audiencia solo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.</p> <p>El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.</p> <p>Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar.</p>
<p>Artículo 240. <i>Inimpugnabilidad de la decisión.</i> La decisión del Juez de Control de Garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.</p>	<p>Artículo 238. <i>Inimpugnabilidad de la decisión.</i> La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Artículo 241. *Vigilancia y seguimiento de personas.* Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalía, el Fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado, pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia, se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar vídeos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares adonde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.

Artículo 239. *Vigilancia y seguimiento de personas.* Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalía, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia, se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar vídeos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares adonde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En todo caso se surtirá la autorización del juez de control de garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.

<p>Artículo 242. <i>Vigilancia de cosas</i>. El Fiscal que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la Policía Judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.</p>	<p>Artículo 240. <i>Vigilancia de cosas</i>. El fiscal que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la policía judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.</p> <p>En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.</p> <p><i>En este último caso se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente sobre la vigilancia electrónica.</i></p> <p>En todo caso se surtirá la autorización del juez de control de garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.</p>
<p>Artículo 243. <i>Análisis e infiltración de organización criminal</i>. Cuando el Fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la Policía Judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.</p>	<p>Artículo 241. <i>Análisis e infiltración de organización criminal</i>. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.</p> <p>El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Artículo 244. *Actuación de agentes encubiertos.* Cuando el Fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la Policía Judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al Fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la Policía Judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el Juez de Control de Garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Artículo 242. *Actuación de agentes encubiertos.* Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Artículo 245. *Entrega vigilada.* El Fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de Policía Judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, solo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el Fiscal facultará a la Policía Judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del Juez de Control de Garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Artículo 243. *Entrega vigilada.* El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, solo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Artículo 246. *Búsqueda selectiva en bases de datos.* La Policía Judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del Fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

Artículo 247. *Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.* Cuando la Policía Judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá de orden expresa del Fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Artículo 244. *Búsqueda selectiva en bases de datos.* La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

Artículo 245. *Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.* Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá de orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización	Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización
<p>Artículo 248. <i>Regla general.</i> Las actividades que adelante la Policía Judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal correspondiente. La Policía Judicial podrá requerir autorización previa directamente al Juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el Fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.</p>	<p>Artículo 246. <i>Regla general.</i> Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, únicamente se podrán realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.</p>
<p>Artículo 249. <i>Inspección corporal.</i> Cuando el Fiscal General, o el Fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.</p>	<p>Artículo 247. <i>Inspección corporal.</i> Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.</p>
<p>Artículo 250. <i>Registro personal.</i> Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su Delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.</p> <p>Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.</p>	<p>Artículo 248. <i>Registro personal.</i> Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.</p> <p>Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Artículo 251. *Obtención de muestras que involucren al imputado.* Cuando a juicio del Fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el Juez de Control de Garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la Policía Judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de Policía Judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en el mencionado documento. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de Policía Judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la Policía Judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 247.

Artículo 249. *Obtención de muestras que involucren al imputado.* Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

<p>Artículo 252. <i>Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.</i> Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la Policía Judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.</p> <p>En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de Control de Garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.</p> <p>El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.</p>	<p>Artículo 250. <i>Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.</i> Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.</p> <p><i>En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.</i></p> <p>El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.</p>
	<p>Métodos de identificación</p> <p>Artículo 251. <i>Métodos.</i> Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 420 de este código respecto de la prueba pericial.</p> <p>Igualmente coadyuvarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincucional registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

Métodos de identificación

Artículo 253. *Reconocimiento por medio de fotografías o videos.* Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la Policía Judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del Fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconecedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la Policía Judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconecedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

Artículo 252. *Reconocimiento por medio de fotografías o videos.* Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconecedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la policía judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconecedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

Artículo 254. *Reconocimiento en fila de personas.* En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la Policía Judicial, previa autorización del Fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas, de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el imputado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.
2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.
3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.
4. La Policía Judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.
5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.
6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.
7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia.

Artículo 253. *Reconocimiento en fila de personas.* En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la policía judicial, previa autorización del fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas, de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el imputado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.
2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.
3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.
4. La policía judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.
5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.
6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.
7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia.

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 255. <i>Retrato hablado y retrato robot.</i> Cuando no sea posible la identificación por medio del reconocimiento en fila de personas o por medio de reconocimiento de fotografías, imágenes o vídeo, en situaciones de urgencia, podrá la Policía Judicial, con la ayuda de los informantes o de los testigos, elaborar retratos hablados del indiciado. En este caso, el perito observará el procedimiento de descripción sistemática que comprenda la posición del sujeto, la frente, la nariz, la oreja, la boca y la barbilla o mentón, o cualquier otro procedimiento, que incorpore técnicas avanzadas, utilizado por los servicios de identificación o en los laboratorios forenses.</p> <p>Con base en esa descripción, el perito elaborará el retrato robot por cualquier procedimiento aceptado por los servicios de identificación o los laboratorios forenses.</p> <p>El retrato hablado y el retrato robot son elementos materiales probatorios y evidencia física y quedarán sometidos a cadena de custodia.</p>	
<p>Artículo 256. <i>Identificación dactilar.</i> Tan pronto sea aprehendido el imputado o cuando compareciere voluntariamente ante las autoridades, la Policía Judicial procederá a tomarle las respectivas huellas dactilares. Tales huellas se clasificarán inmediatamente y, si apareciere ya reseñado, de esa ficha se tomarán los datos pertinentes para su identificación.</p> <p>Cuando el imputado no presente documento de identidad, la Policía Judicial deberá tomar su registro decadactilar y enviarlo a la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que dispondrá de diez (10) días para expedir fotocopia de la fotocédula y, en caso de no aparecer en sus archivos, lo inscribirá con el nombre que aquel utilizó inicialmente y le asignará un cupo numérico.</p>	
<p>Artículo 257. <i>Identificación por sangre.</i> La víctima, el indiciado o el imputado podrán ser identificados mediante la caracterización de su sangre por métodos diferentes al análisis de ADN; o por medio del análisis de ADN en sangre. El informe técnico-científico se someterá a cadena de custodia.</p>	
<p>Artículo 258. <i>Identificación por semen.</i> El indiciado o el imputado podrán ser identificados mediante la caracterización de su semen por métodos diferentes al análisis de ADN; o mediante el análisis de ADN. El informe técnico-científico se someterá a cadena de custodia.</p>	

<p>Artículo 259. <i>Identificación por la carta dental.</i> La víctima, el indiciado o el imputado podrán ser identificados por su carta dental, conforme con las previsiones de la Ley 38 de 1993, y normas que la sustituyan, adicione o reformen. Las muestras dentarias y el informe técnico-científico se someterán a cadena de custodia.</p>	
<p>Artículo 260. <i>Identificación por cabellos, vellos y pelos.</i> La víctima, el indiciado o el imputado podrán ser identificados por las características morfológicas y métricas de sus cabellos, vellos y pelos; o mediante el análisis multielemental de la composición de tales cabellos, vellos y pelos. Podrá utilizarse cualquier otra técnica científicamente aceptada. El informe técnico-científico y el cabello, vello o pelo sobrante, se someterán a cadena de custodia.</p>	
<p>Artículo 261. <i>Identificación por la voz.</i> El indiciado o el imputado podrá ser identificado mediante la caracterización de su voz por el método espectrográfico, o por algún otro método técnico aceptado científicamente. Cuando su voz es conocida de la víctima o de algún testigo, estos podrán reconocerla.</p>	
<p>Artículo 262. <i>Identificación grafotécnica.</i> El indiciado o el imputado podrá ser identificado mediante la comparación sistemática de su escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento. El establecimiento de la uniprocedencia permite la identificación en ese caso concreto. Los grafismos cuestionados y los indudablemente procedentes del imputado, junto con el informe pericial, serán sometidos a cadena de custodia.</p>	
<p>Artículo 263. <i>Comparación estilística.</i> Mediante peritación se podrán identificar las características de redacción y estilo de un documento y su atribución a persona determinada.</p>	
<p>Artículo 264. <i>Identificación por modus operandi.</i> El indiciado o el imputado puede ser identificado por su manera de actuar criminal, en comparación con un patrón de conducta delictual registrado en los archivos de la Policía Judicial.</p>	
<p>Artículo 265. <i>Gráficas de pisadas.</i> La víctima, el indiciado o el imputado, podrán ser identificados por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, la línea de los pasos y la línea de cada pisada.</p>	

<p>Artículo 266. <i>Otros medios de identificación.</i> Para la identificación de personas, se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la Criminalística establezca en sus manuales, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 436 de este Código respecto de la prueba pericial.</p>	
<p>Cadena de custodia</p> <p>Artículo 267. <i>Embalaje y rotulado.</i> Los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos por la Policía Judicial, en ejecución de actuaciones de indagación o investigación, serán técnicamente embalados y rotulados.</p>	
<p>Artículo 268. <i>Contenido del rótulo.</i> Todo elemento material probatorio y evidencia física serán embalados en empaques según su peso, forma y volumen. Para estos fines se usarán las bolsas, frascos, cajas, guacales y otros contenedores elegidos por la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con las necesidades. El embalaje podrá ser algún otro medio de protección del objeto para la preservación de la huella, el rastro, el residuo, el número serial y similares. Este contenedor, caja o empaque, llevará en su parte exterior un rótulo de material resistente a la humedad y al manejo de paquetes, el cual deberá tener la siguiente información mínima: nombre completo del funcionario que realiza el embalaje y rotulado; descripción del contenido, actuaciones de indagación o investigación de que se trata; lugar de recolección; fecha y hora del traslado, hecho hipotéticamente delictivo y número de registro de la indagación o investigación.</p>	

	<p>Cadena de custodia</p> <p>Artículo 254. <i>Aplicación.</i> Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.</p> <p>La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.</p> <p>Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.</p>
	<p>Artículo 255. <i>Responsabilidad.</i> La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física.</p> <p>Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, en especial el personal de los servicios de salud que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 269. <i>Macroelementos materiales probatorios</i>. Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger elementos materiales probatorios y evidencia física que se hallen en ellos, se grabarán en videocinta o se fotografirán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, microrrastros o semejantes, marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y videos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento; y se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior.</p> <p>El Fiscal, en su defecto los funcionarios de Policía Judicial, deberán ordenar la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan.</p>	<p>Artículo 256. <i>Macroelementos materiales probatorios</i>. Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger elementos materiales probatorios y evidencia física que se hallen en ellos, se grabarán en videocinta o se fotografirán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, microrrastros o semejantes, marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y videos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento; y se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior.</p> <p>El fiscal, en su defecto los funcionarios de policía judicial, deberán ordenar la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan.</p>
<p>Artículo 270. <i>Inicio de la cadena de custodia</i>. El servidor público que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, los custodiará.</p>	<p>Artículo 257. <i>Inicio de la cadena de custodia</i>. El servidor público que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, lo custodiará.</p>
<p>Artículo 271. <i>Traslado de contenedor</i>. El funcionario de Policía Judicial o el servidor público que hubiere recogido, embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, los trasladará al laboratorio correspondiente, donde lo entregará en la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.</p>	<p>Artículo 258. <i>Traslado de contenedor</i>: El funcionario de policía judicial o el servidor público que hubiere recogido, embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, lo trasladará al laboratorio correspondiente, donde lo entregará en la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.</p>
<p>Artículo 272. <i>Traspaso de contenedor</i>. El servidor público de la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, sin pérdida de tiempo, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia, entregará el contenedor al perito que corresponda según la especialidad.</p>	<p>Artículo 259. <i>Traspaso de contenedor</i>: El servidor público de la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, sin pérdida de tiempo, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia, entregará el contenedor al perito que corresponda según la especialidad.</p>
<p>Artículo 273. <i>Actuación del perito</i>. El perito que reciba el contenedor dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del elemento material probatorio y evidencia física, a la menor brevedad posible, de modo que su informe pericial pueda ser oportunamente remitido al Fiscal correspondiente.</p>	<p>Artículo 260. <i>Actuación del perito</i>. El perito que reciba el contenedor dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del elemento material probatorio y evidencia física, a la menor brevedad posible, de modo que su informe pericial pueda ser oportunamente remitido al fiscal correspondiente.</p>

<p>Artículo 274. <i>Responsabilidad de cada custodio.</i> Cada servidor público de los mencionados en los artículos anteriores, será responsable de la custodia del contenedor y del elemento material durante el tiempo que esté en su poder, de modo que no pueda ser destruido, suplantado, alterado o deteriorado.</p>	<p>Artículo 261. <i>Responsabilidad de cada custodio.</i> Cada servidor público de los mencionados en los artículos anteriores, será responsable de la custodia del contenedor y del elemento material durante el tiempo que esté en su poder, de modo que no pueda ser destruido, suplantado, alterado o deteriorado.</p>
<p>Artículo 275. <i>Remanentes.</i> Los remanentes del elemento material analizado, serán guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin. Al almacenarlo será previamente identificado de tal forma que, en cualquier otro momento, pueda ser recuperado para nuevas investigaciones o análisis o para su destrucción, cuando así lo disponga la autoridad judicial competente.</p> <p>Cuando se tratare de otra clase de elementos como, moneda, documentos manuscritos mecanografiados o de cualquier otra clase; o partes donde constan números seriales y otras semejantes, elaborado el informe pericial, continuarán bajo custodia.</p>	<p>Artículo 262. <i>Remanentes.</i> Los remanentes del elemento material analizado, serán guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin. Al almacenarlo será previamente identificado de tal forma que, en cualquier otro momento, pueda ser recuperado para nuevas investigaciones o análisis o para su destrucción, cuando así lo disponga la autoridad judicial competente.</p> <p>Cuando se tratare de otra clase de elementos como, moneda, documentos manuscritos mecanografiados o de cualquier otra clase; o partes donde constan números seriales y otras semejantes, elaborado el informe pericial, continuarán bajo custodia.</p>
<p>Artículo 276. <i>Examen previo al recibo.</i> Toda persona que deba recibir un elemento material probatorio y evidencia física, antes de hacerlo, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre.</p>	<p>Artículo 263. <i>Examen previo al recibo.</i> Toda persona que deba recibir un elemento material probatorio y evidencia física, antes de hacerlo, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre.</p>
<p>Artículo 277. <i>Identificación.</i> Toda persona que aparezca como embalador y rotulador, o que entrega o recibe el contenedor de elemento material probatorio y evidencia física, deberá identificarse con su nombre completo y apellidos, el número de su cédula, su ciudadanía y el cargo que desempeña. Así constará en el formato de cadena de custodia.</p>	<p>Artículo 264. <i>Identificación.</i> Toda persona que aparezca como embalador y rotulador, o que entrega o recibe el contenedor de elemento material probatorio y evidencia física, deberá identificarse con su nombre completo y apellidos, el número de su cédula su ciudadanía y el cargo que desempeña. Así constará en el formato de cadena de custodia.</p>
<p>Artículo 278. <i>Los contenedores.</i> La Fiscalía General de la Nación diseñará los recipientes en los que se habrán de embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física; los clasificará según los elementos que deban contener, y cada organismo con funciones de Policía Judicial ordenará su producción en número suficiente para abastecer a todos los funcionarios que habrán de usarlos. En ningún momento podrán faltar tales contenedores.</p>	

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 279. <i>Los rótulos.</i> La Fiscalía General de la Nación seleccionará el material de los rótulos previstos en este capítulo y las seguridades necesarias que los identifiquen como auténticos. Cada organismo con funciones de Policía Judicial ordenará la producción suficiente para marcar los contenedores. Estos y aquellos, serán cuidadosamente administrados, de modo que únicamente lleguen a las personas autorizadas.</p>	
<p>Artículo 280. <i>Rechazo.</i> Ningún servidor público admitirá elemento material que no esté embalado en contenedores y con rótulos oficiales, salvo que exista imposibilidad comprobada en cuyo caso se utilizarán los medios más idóneos y disponibles en el lugar que se requiera preservar el material probatorio.</p> <p>En los casos señalados anteriormente el medio que reemplace el rótulo deberá cumplir con los requisitos que para este se encuentran establecidos en el artículo 268 de este Código.</p>	
<p>Artículo 281. <i>Certificación.</i> La Policía Judicial y los peritos certificarán la cadena de custodia.</p> <p>La certificación es la afirmación de que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la Policía Judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado.</p>	<p>Artículo 265. <i>Certificación.</i> La policía judicial y los peritos certificarán la cadena de custodia.</p> <p>La certificación es la afirmación de que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la policía judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado.</p>
<p>Artículo 282. <i>Destino de macroelementos.</i> Salvo lo previsto en este Código en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, los macroelementos materiales probatorios, mencionados en este capítulo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, serán devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.</p>	<p>Artículo 266. <i>Destino de macroelementos.</i> Salvo lo previsto en este código en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, los macroelementos materiales probatorios, mencionados en este capítulo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, serán devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.</p>
<p>Artículo 283. <i>Formato de cadena de custodia.</i> La Fiscalía General de la Nación diseñará el formato de cadena de custodia. El diseño consultará lo dispuesto en este capítulo y se adoptarán las seguridades necesarias que lo identifiquen como auténtico. Se ordenará la producción del formato en cantidades suficientes para satisfacer las necesidades de las investigaciones. Este material se administrará celosamente de modo que únicamente llegue a las personas autorizadas.</p>	

<p>Artículo 284. <i>Número de formatos por caso.</i> Por cada elemento material embalado y rotulado, se empleará un formato de cadena de custodia.</p> <p>Si el diseño de formato es para múltiples y variados elementos, en el mismo formato podrán firmar el recibo del elemento tantas personas como elementos sean, o una sola persona que recibe varios elementos.</p>	
<p>Facultades de la defensa en la investigación</p> <p>Artículo 285. <i>Facultades de quien no es imputado.</i> Quien sea informado de que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o sugerir a la Policía Judicial que lo haga. Tales elementos y el informe sobre ellos pueden ser utilizados en su defensa ante las autoridades judiciales.</p> <p>También podrán entrevistar personas con el fin de descubrir información útil que pueda ser empleada en su defensa ante las autoridades judiciales siempre que se garantice la cadena de custodia.</p>	<p>Facultades de la defensa en la investigación</p> <p>Artículo 267. <i>Facultades de quien no es imputado.</i> Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.</p> <p>Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.</p>
<p>Artículo 286. <i>Facultades del imputado.</i> El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.</p>	<p>Artículo 268. <i>Facultades del imputado.</i> El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.</p>
<p>Artículo 287. <i>Contenido de la solicitud.</i> La solicitud deberá contener en forma separada, con claridad y precisión, las preguntas que en relación con el elemento material probatorio y evidencia física entregados, se requiere que responda el perito o peritos, previa la investigación y análisis que corresponda.</p>	<p>Artículo 269. <i>Contenido de la solicitud.</i> La solicitud deberá contener en forma separada, con claridad y precisión, las preguntas que en relación con el elemento material probatorio y evidencia física entregada, se requiere que responda el perito o peritos, previa la investigación y análisis que corresponda.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 288. <i>Actuación del perito.</i> Recibida la solicitud y los elementos mencionados en los artículos anteriores, el perito los examinará. Si encontrare que el contenedor, tiene señales de haber sido o intentado ser abierto, o que la solicitud no reúne las mencionadas condiciones lo devolverá al solicitante. Lo mismo hará en caso de que encontrare alterado el elemento por examinar. Si todo lo hallare aceptable, procederá a la investigación y análisis que corresponda y a la elaboración del informe pericial.</p> <p>El informe pericial se entregará bajo recibo al solicitante y se conservará un ejemplar de aquel y de este en el Instituto.</p>	<p>Artículo 270. <i>Actuación del perito.</i> Recibida la solicitud y los elementos mencionados en los artículos anteriores, el perito los examinará. Si encontrare que el contenedor, tiene señales de haber sido o intentado ser abierto, o que la solicitud no reúne las mencionadas condiciones lo devolverá al solicitante. Lo mismo hará en caso de que encontrare alterado el elemento por examinar. Si todo lo hallare aceptable, procederá a la investigación y análisis que corresponda y a la elaboración del informe pericial.</p> <p>El informe pericial se entregará bajo recibo al solicitante y se conservará un ejemplar de aquel y de este en el Instituto.</p>
<p>Artículo 289. <i>Facultad de entrevistar.</i> El imputado o su defensor, podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa. En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la Criminalística.</p> <p>La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en vídeo o en cualquier otro medio técnico idóneo.</p>	<p>Artículo 271. <i>Facultad de entrevistar.</i> El imputado o su defensor, podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa. En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la criminalística.</p> <p>La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en vídeo o en cualquier otro medio técnico idóneo.</p>
<p>Artículo 290. <i>Obtención de declaración jurada.</i> El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en vídeo o en cualquier otro medio técnico idóneo.</p>	<p>Artículo 272. <i>Obtención de declaración jurada.</i> El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en vídeo o en cualquier otro medio técnico idóneo.</p>
	<p>Artículo 273. <i>Criterios de valoración.</i> La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.</p>
<p>Artículo 291. <i>Solicitud de prueba anticipada.</i> El imputado o su defensor, podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al Fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.</p> <p>Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.</p>	<p>Artículo 274. <i>Solicitud de prueba anticipada.</i> El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.</p> <p>Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.</p>

<p>MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN</p> <p>CAPÍTULO ÚNICO</p> <p>Elementos materiales probatorios, evidencia física e información</p> <p>Artículo 292. <i>Elementos materiales probatorios y evidencia física.</i> Para efectos de este Código se entiende por elementos materiales probatorios o por evidencia física, los siguientes:</p> <p>a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;</p> <p>e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;</p> <p>f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;</p> <p>g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;</p> <p>h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el Fiscal directamente o por conducto de servidores de Policía Judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.</p>	<p>MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN</p> <p>CAPITULO ÚNICO</p> <p>Elementos materiales probatorios, evidencia física e información</p> <p>Artículo 275. <i>Elementos materiales probatorios y evidencia física.</i> Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:</p> <p>a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;</p> <p>d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;</p> <p>e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;</p> <p>f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;</p> <p>g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;</p> <p>h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.</p>
---	---

	<p>Artículo 276. <i>Legalidad.</i> 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.</p>
<p>Artículo 293. <i>Autenticidad.</i> Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.</p>	<p>Artículo 277. <i>Autenticidad.</i> Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.</p> <p>La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.</p>
<p>Artículo 294. <i>Identificación técnico-científica.</i> La identificación técnico-científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.</p>	<p>Artículo 278. <i>Identificación técnico-científica.</i> La identificación técnico-científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.</p>
<p>Artículo 295. <i>Elemento material probatorio y evidencia física recogidos por agente encubierto o por agente infiltrado.</i> El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, solo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>	<p>Artículo 279. <i>Elemento material probatorio y evidencia física recogidos por agente encubierto o por agente infiltrado.</i> El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, solo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>
<p>Artículo 296. <i>Elemento material probatorio y evidencia física recogidos en desarrollo de entrega vigilada.</i> El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por servidor público judicial colombiano, en desarrollo de la técnica de entrega vigilada, debidamente programada, solo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>	<p>Artículo 280. <i>Elemento material probatorio y evidencia física recogidos en desarrollo de entrega vigilada.</i> El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por servidor público judicial colombiano, en desarrollo de la técnica de entrega vigilada, debidamente programada, solo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>

<p>Artículo 297. <i>Elemento material probatorio y evidencia física remitidos del extranjero.</i> El elemento material probatorio y evidencia física remitidos por autoridad extranjera, en desarrollo de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial penal recíproca, será sometido a cadena de custodia y tendrá el mismo valor que se le otorga a cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>	<p>Artículo 281. <i>Elemento material probatorio y evidencia física remitidos del extranjero.</i> El elemento material probatorio y evidencia física remitidos por autoridad extranjera, en desarrollo de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial penal recíproca, será sometido a cadena de custodia y tendrá el mismo valor que se le otorga a cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.</p>
<p>Artículo 298. <i>Interrogatorio a indiciado.</i> El Fiscal o el servidor de Policía Judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.</p>	<p>Artículo 282. <i>Interrogatorio a indiciado.</i> El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.</p>
<p>Artículo 299. <i>Aceptación por el imputado.</i> La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.</p>	<p>Artículo 283. <i>Aceptación por el imputado.</i> La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.</p>

•El paso del proyecto por el Congreso de la República.

<p>Artículo 300. <i>Prueba anticipada.</i> Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que sea practicada ante el Juez que cumpla funciones de control de garantías. 2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el Fiscal Delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112. 3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. 4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. <p>Parágrafo 1°. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al Juez de Conocimiento.</p> <p>Parágrafo 2°. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada no procede recurso. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro Juez de Control de Garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.</p> <p>Parágrafo 3°. 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.</p>	<p>Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías. 2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112. 3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. 4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. <p>Parágrafo 1°. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.</p> <p>Parágrafo 2°. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los 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 este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.</p> <p>Parágrafo 3°. 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.</p>
<p>Artículo 301. <i>Conservación de la prueba anticipada.</i> Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el Juez de Control de Garantías.</p>	<p>Artículo 285. Conservación de la prueba anticipada. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control de garantías.</p>

EL MANEJO DE LA PRUEBA POR INTERVINIENTES PARTICULARES

Este proceso de investigación semiótica, tal y como ha podido apreciarlo el estudioso que nos viene siguiendo, ha posado su acento en el curso de la individuación social del nuevo procesamiento penal. El análisis claramente ha sido ordenado hacia la verificación de la forma como se viene operando la transvaluación comprometida en el espacio judicial colombiano, al abandonar un esquema de procesamiento penal de corte napoleónico a favor de la implementación de otro claramente acusatorio y adversarial.

A tal efecto dimos inicio al proceso aclarando las categorías analíticas que permitieron el estudio sociojurídico. A continuación se realizó una reconstrucción histórica de la Ley 906 de 2004, en punto concreto al manejo de la prueba, identificando los aspectos de contacto y, particularmente, los de diferencia respecto de la Ley 600 de 2000. Habiendo reconstruido la historia fidedigna de la ley, lo cual comprometió desentrañar los contenidos motivos que vertieron sus creadores al momento de forjarla, se verificó tanto el contenido noético como el noemático de las disposiciones concernientes al sistema probatorio de la ley en cuestión.

El paso subsiguiente en este proceso de investigación consistió en verificar qué sucede directamente en el espacio judicial, es decir, cómo se juega el juego judicial específicamente en materia probatoria, en busca de establecer qué tanto los abogados han permitido y operado la transvaluación que subtiende la ley y las prácticas judiciales en materia probatoria.

Explicación metodológica

En primer lugar se advierte que la verificación se concentró en los que hemos designado “intervinientes particulares”, expresión con la cual quisimos involucrar a los abogados que actuaban en el proceso tanto en condición de defensores como de representantes de víctimas o de terceros. Sabiendo anticipadamente que puede no resultar técnico designar como “interviniente” a quien en rigor es parte, preferimos ceder a las exigencias técnicas del vocabulario, antes que errar en el muestreo. Aun cuando, la verdad sea dicha, la verificación terminó cifrándose en las intervenciones de los abogados que operan la defensa, pues las restantes no resultaban ser representativas de las tendencias que han querido identificarse.

De la misma forma, es preciso aclarar que no fueron objeto de análisis las intervenciones de los fiscales ni de los defensores públicos, en consideración a que son los que en comparación con los abogados particulares registran menos falencias, particularmente los defensores públicos, condición esta que, conforme pudo establecerse, atiende a los procesos permanentes de formación que han venido observando desde antes del inicio de la vigencia de la Ley 906 de 2004. Desde luego, sería valioso estudiar sus prácticas, pero resulta mucho más útil para el campo judicial identificar las de los demás abogados, quienes asumieron el tránsito legislativo en condiciones particularmente distintas, sin que hayan preocupado mayormente al Estado, pese a ser su intervención decisiva en la implementación del procedimiento, y su idoneidad condición necesaria para lograr los resultados manifiestos como motivos de la reforma.

Por otra parte, si bien han existido cursos a nivel de diplomados ofrecidos a los abogados en general, la preocupación más urgente debe observar las condiciones de los que no han venido accediendo a la formación patrocinada o no por agencias extranjeras, pero en todo caso ofrecida como obligatoria por el Estado a los abogados que ofician como servidores públicos en el proceso penal. Esto con una finalidad particular que ha nutrido esta investigación de manera preponderante, y que consiste en medir la adscripción de la academia al servicio que presta al proceso de transvaluación, verificando qué tanto está formando a sus abogados para el espacio judicial. De hecho, una de las pretensiones que animaron esta

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

investigación desde su formulación fue procurar herramientas de consolidación y adaptación de los modelos curriculares vigentes.

En tercer lugar, alejándonos decididamente del método de los observatorios que han venido implantándose, no interesa a este proceso investigativo el acopio de información ordenada a identificar la funcionalidad de la implementación conforme a resultados meramente matemáticos, no solo porque sus resultados resultan demasiado sospechosos, prueba de lo cual son las constantes contradicciones entre los distintos observatorios que actualmente operan, sino ante todo porque nos alienta ingresar en el análisis geométrico de la administración de justicia colombiana. Nos anima la pretensión de constatar la administración de justicia en términos de justicia material, lo cual reclama metodológicamente ir de frente y en persona a la realidad nacional en busca del descubrimiento de sus prácticas judiciales. En tanto tal, es preciso verificar la forma como los abogados juegan el juego judicial, cuyas prácticas han venido siendo frecuentemente descuidadas, buscando traer la atención de los estudiosos sobre manifestaciones del espacio judicial tradicionalmente ignoradas en el medio colombiano, como son las intervenciones de los abogados que carecen de la condición de servidores públicos.

Así mismo, apreciamos que el trabajo de campo ha sido desarrollado en el Distrito Capital, sobre un número total de doscientas (200) audiencias públicas tomadas al azar, en que hubo manejo de prueba, en cuya tipología se consideraron las preliminares de imposición de medida de aseguramiento, las de acusación, las preparatorias y las de juicio oral. Razones más que obvias sustentan haber dado inicio a este proceso a partir de Bogotá, siendo en la actualidad la cabecera de distrito judicial más importante del país, y por consiguiente la que registra más contrastes en términos de experiencia y urgencia de soluciones.

Por otra parte, el trabajo de campo ha observado las siguientes técnicas, de las cuales cabe describir que la primera fue de diagnóstico, mientras que las dos segundas procuraron explicar los resultados del mismo:

1. Se ha practicado una verificación *in situ* mediante el análisis ponderado de las intervenciones de los abogados durante las audiencias. A tal efecto, se diseñaron instrumentos de captura de información, en los cuales se consideraron los momentos que conforman el proceso de manejo de la prueba, durante su ejercicio procesal. Se hace preciso aclarar que por las condiciones mismas y

el tipo de investigación operada, no se verificó la forma como los abogados dieron inicio a sus actuaciones fuera del espacio judicial, esto es, a nivel de sus despachos privados, por varias razones. De una parte, resultaba improbable que un abogado permitiera que se accediera a sus archivos y menos aún a sus actuaciones privadas. En segundo lugar, es en el espacio judicial donde se revelan tanto las deficiencias anteriores como las ocurridas durante las audiencias, esto es, en el espacio judicial se hace manifiesto si el abogado desarrolló una fase de investigación orientada al acopio de material probatorio y, si habiéndolo hecho, utilizó técnicas apropiadas al fin propuesto.

Por otro lado, la verificación no solo estuvo orientada a establecer el manejo de la prueba practicado por los abogados respecto de los medios aportados por sí mismos, sino también por la forma como procuraron contrarrestarlos, por ejemplo, durante los contrainterrogatorios o por las oposiciones que pudieron manifestar frente a, por ejemplo, la incorporación de una evidencia por parte del fiscal.

Así mismo, a través de los instrumentos se categorizaron en tres aspectos las deficiencias más probables, esto es, en términos de legalidad, incorporación y autenticación, tanto de las pruebas propias como respecto de las posiciones frente a las pruebas de la contraparte. Con el primer registro quiso establecerse si en desarrollo de la práctica de la prueba se atienden las indicaciones legales y las técnicas que califican la legalidad misma del ejercicio probatorio.

Mediante el criterio de la incorporación y práctica se verificó si se valen de mecanismos preestablecidos para justificar la solicitud de un medio de convicción y, naturalmente, si resultó apropiadamente ingresado en el debate predominantemente de juicio oral, tanto como si se opuso cuando ello era probable con respecto a la incorporación pretendida por la contraparte. Por esta razón tal aspecto pudo verificarse respecto de medios como el testimonio, que frecuentemente no se contempla dentro del concepto general de incorporación, pero sí de práctica, en cuanto tiene que ver con la sustentación para requerir la práctica de este medio.

En cuanto a la autenticación, empleamos tal concepto para significar tanto la originalidad documental como la debida acreditación de los testigos, razón por la cual no la restringimos para efectos de captura de la información

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

a un solo medio, sino que la extendimos en los términos indicados, para no perder información valiosa a los fines propuestos. Desde luego, bajo esta categoría no solo se estableció si los abogados autentican apropiadamente sus propios medios de prueba, sino también su idoneidad en la oposición cuando la contraparte incurre en vicios de autenticación.

2. Realizado el diagnóstico anterior, se practicaron entrevistas en profundidad con personas particularmente involucradas en la implementación del enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004. De manera que se entrevistaron personas representativas de los investigadores, de la fiscalía, de la judicatura, de la academia y de la defensa.
3. Así mismo, mediante el método de las encuestas se procuró establecer las explicaciones pertinentes, acopiando información de los jueces, fiscales, investigadores, defensores y peritos.

Es decir, el proceso de investigación en general combinó cinco técnicas, pues adjuntas a las señaladas se encuentran la reconstrucción histórica a la que se hizo referencia y la comparación analítica de textos legales, doctrinales y jurisprudenciales. El empleo y aplicación de múltiples técnicas cruzadas garantizan, en términos de científicidad y metodología, la solidez de los resultados y la sustentación del análisis, pues si bien advertimos que no buscamos la implementación de un observatorio, el haber analizado doscientas audiencias atiende a una verificación de *síntomas* preliminares de probable disfunción sistémica, en procura de formular soluciones que faciliten o mejoren la implementación en términos de calidad de las intervenciones de algunos de los operadores del espacio judicial.

De la misma forma se hace preciso mencionar que la metodología seleccionada ocupó el trabajo de análisis en tres espacios concretos. El nivel penal municipal y de circuito, el circuito especializado y el tribunal superior de distrito. Sobra explicar que la Corte Suprema no se encuentra afecta al propósito de la investigación en cuanto las audiencias que celebra con base en la Ley 906 de 2004, no comprometen práctica de pruebas y, por tanto, mal podríamos referir un manejo de la prueba integral en ellas.

Adicionalmente, se advierte que este proceso de investigación no tiene la pretensión de enseñar lo que es el sistema acusatorio, ni siquiera desde el punto de vista del objeto de verificación que nos concierne, es decir, el manejo de la prueba. Si eventualmente se presta algún servicio en tal sentido, ello no pasa de

ser un valor agregado; lo cierto es que en momento alguno lo hemos considerado un objetivo ni producto de investigación. El único propósito que nos asiste es contribuir al descubrimiento de las prácticas judiciales que se desatan en el sistema de interacción social que surge dentro del espacio judicial. Por razones coincidentes, tampoco nos dirigimos hacia una verificación sobre las formas de argumentación en el espacio judicial, pues aún cuando en ejercicio del litigio la fundamentación probatoria y la argumentación se reclaman interdependientes, el manejo de la prueba es un aspecto autónomo en cuanto *conditio sine qua non* para forjar teorías del caso y, en consecuencia, para poder argumentar conforme a criterios sostenibles de persuasión racional. Por suerte que es la forma como se cumple esa precisa condición preliminar lo que informa el *telos* de este proceso investigativo, lo cual, sospechamos, es indispensable para poder operar otras verificaciones. Persistentemente hemos de insistir que nos alienta contribuir en el descubrimiento de las interacciones operadas en el espacio judicial, y no deslizar de contrabando intelectual un manual más de los que tanto han estado abundando, surgidos sin establecer el modo de ser particular del campo jurídico colombiano, y no obstante pretendiendo modularlo al antojo de la bien intencionada intuición del autor. Vicio este que ha venido observándose sin solución de continuidad en el campo judicial colombiano, pero que ha demostrado su ineficacia en el servicio que presta la academia superior a la administración de justicia.

Hechas estas advertencias y explicaciones de método, pasaremos enseguida a describir los resultados que arroja la verificación *in situ* de las prácticas de los abogados en materia de manejo de la prueba, dando inicio al primer nivel impactado con la observación, esto es, el penal municipal y circuito ordinario. Posteriormente se expondrán los resultados respecto del circuito especializado y, finalmente, los concernientes al tribunal superior.

Agotada la fase de exhibición de resultados, se posará ulteriormente el análisis en la explicación pormenorizada de las falencias observadas a los abogados, cuya intervención relacionada con el manejo de la prueba ha podido constatarse.

Análisis aplicado a nivel de penales municipales y circuito ordinario

De un total de ciento nueve audiencias analizadas pudo constatarse que la diversidad de medios probatorios respecto de los cuales hubo actuación por parte de los abogados particulares es en general y comparativamente baja, si se estima que solo registraron intervenciones respecto de cuatro medios de convicción, frente a un panorama de al menos el doble de probabilidades. Significa lo anterior que no solo es reducido el aporte y práctica de pruebas a cargo de estos operadores, sino que sus actuaciones respecto de las pruebas de la contraparte es igualmente baja.

En cuanto al primer aspecto no podríamos derivar un mal síntoma puesto que lo normal es que así sea por cuanto constitucionalmente es el fiscal el llamado a sustentar la acusación, así que mientras resulta improbable una acusación sin pruebas traídas en fundamento de la pretensión de condena, no ocurre lo mismo con las defensas, que bien pueden operarse sin aporte y petición de práctica de pruebas.

De cualquier forma, teniendo en cuenta que la investigación no accedió a los archivos privados de los abogados, por las razones explicadas, ello no los exime de intervenir en la práctica de las pruebas aportadas por el fiscal, en procura de desvirtuar su pretensión de condena. Por consiguiente, el dato arrojado en términos de actividad procesal referida al manejo de la prueba es informativo del ejercicio integral del manejo de la prueba.

El que los abogados no intervengan activamente en el debate de las pruebas de su contraparte puede significar dos posibles explicaciones: por un lado que el fiscal ha hecho demasiado bien su trabajo; o por otro lado, que no lo hacen por falencias atribuibles al abogado. Si bien la investigación no estaba orientada a establecer la calidad de manejo de la prueba operada por parte de la Fiscalía General de la Nación, no cabe concluir la infalibilidad de la actuación del abogado del Estado, tal y como lo acreditan otros estudios concernientes, por ejemplo, el observatorio de la Corporación Excelencia en la Justicia informó que entre el 1° de enero de 2005 y el 1° de enero de 2007 en Bogotá se celebraron 2374 audiencias de juicio oral, 115 de las cuales concluyeron con sentencia absolutoria y, de las condenas, apenas 822 concluyeron con sentencia

condenatoria no basada en preacuerdos ni aceptación de cargos, es decir, por demostración de la teoría del caso del fiscal.

Desde este punto de vista, puede señalarse que la inactividad del abogado particular no se explica por la eficiencia de su contraparte.

Por otro lado, arroja la verificación que el abogado particular intervino predominantemente respecto de pruebas documentales y testimoniales, bien aportándolas, bien cuestionándolas, puesto que del global analizado actuó en el 46% y 45% respectivamente, frente a un escaso porcentaje inferior al 1% respecto de pericias técnicas.

Prueba documental

El hecho de registrarse una tendencia que privilegia la prueba documental por parte del abogado particular no significa sin embargo que su mayor determinación hacia la actuación respecto de este medio probatorio se explique por ser experto en ello.

Se pudo advertir que en el 86,21% de los eventos en que intervino registró falencias de incorporación. En el 12,07% fue deficitaria en términos de legalidad. Mientras que en el casi 2%, exactamente en el 1,72%, fue la autenticación lo que registró deficiencias.

De cualquier manera no es objetable que en un tipo de proceso que quiso alejar al abogado de la literalidad de los textos para acentuar la oralidad predomine la prueba documental, puesto que el documento sigue siendo un medio de convicción importante independientemente del modelo de enjuiciamiento. En cambio lo que sí resulta crítico es que resulte tan deficiente el conocimiento de los abogados a cerca de los métodos de incorporación, puesto que lleva al traste cualquier teoría del caso que por inteligente y apropiada a una estrategia de defensa integral no se salva si no es adecuadamente soportada. Y ese proceso de fundamentación reclama un conocimiento mínimo acerca de los rudimentos del manejo de la prueba, entre los que se hallan ciertamente los métodos de incorporación.

El hecho de fallarse mucho menos en cuanto a legalidad y autenticación refleja que el manejo de la prueba documental puede llegar a constituirse en una fortaleza del abogado, lo que conlleva que en este caso no es el desconocimiento de

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

la ley lo preocupante, sino de las técnicas propiamente tales, pues a ello le apunta la incorporación, lo cual puede ser objeto de corrección a través del aprendizaje de las técnicas pertinentes.

Prueba testimonial

En el 45,24% de los casos los abogados registraron actuaciones con respecto a la prueba testimonial, lo cual ocupa prácticamente un primer lugar, pues la diferencia respecto del recurso a la prueba documental es muy semejante.

De cualquier forma la ruta de las deficiencias registra un ritmo similar en cuanto tiene que ver con lo que hemos designado como incorporación de los documentos y práctica del testimonio, teniendo en cuenta que los abogados fallaron en el 87,72% respecto del trámite del ejercicio del interrogatorio, contrainterrogatorio, redirecto y recontrainterrogatorio; así mismo, respecto de la justificación de la solicitud de la práctica de este medio. En cambio fallaron en un porcentaje mucho más bajo respecto del régimen legal de la prueba testimonial, resultando deficiente en el 12,28%.

Con respecto a la acreditación del testigo no se observaron falencias, lo cual constituye un buen síntoma.

Al margen de las ideas de oralidad y escrituralidad, es indiscutible que en cualquier modelo de procesamiento judicial basado en la indagación la prueba testimonial es la más importante, porque lo más frecuente es que los delitos son atestiguables, al menos, por parte de su autor. Por esta misma razón, es el medio probatorio más frecuentemente recurrido, así que es extraño encontrar un proceso que llegue a juicio oral y termine con sentencia de mérito donde no haya habido este tipo de prueba. Su alta frecuencia no es pues una característica exclusiva de los modelos de enjuiciamiento acusatorios y adversariales, sino de los procesos en general, incluso los de áreas diferentes a la penal. Sin duda los procesos tipo Ley 906 de 2004 incluyen tanto una legislación particular como una serie de técnicas, referidas a la práctica del testimonio, lo cual le imprime unas características especiales, que fueron ya objeto de análisis.

La importancia de la prueba testimonial se potencia a propósito de otra característica del medio colombiano. Tal y como lo advirtieron varios académicos ante el Congreso de la República, así como algunos congresistas y miembros de

la Comisión Redactora Constitucional, fuera de comentaristas de derecho penal, las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales conllevan una serie de exigencias probatorias que tornan particularmente onerosas las defensas, a propósito del costo que se asume respecto de la obtención de pruebas constituidas a partir de procedimientos que reclaman la intervención de expertos y de métodos científicos. Siendo Colombia un país con una situación socioeconómica que hacía prever la imposibilidad para muchas personas de asumir tales costos, se esperaba una más marcada inclinación a favor de la prueba testimonial, en la medida en que resulta mucho menos costosa su práctica, relativamente hablando.

Por consiguiente, cualquier deficiencia en materia de práctica de la prueba testimonial por parte de los abogados conlleva un costo de justicia material cuyas características, dado el valor constitucional que se encuentra en juego, hacen imposible medirlo en términos matemáticos. Por ello nos sentimos autorizados para calificar esas deficiencias como muy graves.

Luego, teniendo en cuenta que el nivel deficitario que registra el ejercicio de la práctica de la prueba testimonial se aproxima al 90%, señalamos esta situación como especialmente preocupante. Y que el dato es correcto o al menos muy próximo a la realidad lo corrobora el que durante una indagación realizada por la Universidad Internacional de La Florida sobre necesidades de formación de defensores públicos, en encuesta realizada a nivel nacional, el tema que más necesidades de formación demandan los defensores públicos es precisamente en prueba testimonial, pese a ser uno de los temas más frecuentemente tratados durante los cursos preliminares.

Esto significa que la práctica de la prueba testimonial, siendo la más importante, es a su vez la más lábil, si bien las deficiencias en concreto observadas serán objeto de un estudio posterior, adelantamos que no se trata apenas de una falencia técnica acerca de las formas de practicar los interrogatorios, contrainterrogatorios, redirectos y recontrainterrogatorios, sino que se ubica dentro de una disfunción asistémica que involucra otros aspectos.

Prueba pericial

La prueba constituida a partir de procedimientos que reclaman la participación de expertos, aplicados conforme a métodos científicamente comprobables, es lo

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

que en el Congreso circuló con la expresión de “prueba técnica”, expresión que no parece la más aconsejable, porque en el actual estado del desarrollo del derecho probatorio cualquier prueba debe ser técnicamente practicada para que pueda sustentar una decisión, significando que no se desarrolla, sea testimonio o experticio, a la manera como mejor se acomode quien interviene sino conforme a criterios objetivamente predisuestos. De cualquier forma, fue precisamente objeto de especial preocupación por parte del legislador al manifestar que este medio de convicción resultaba ser el más determinante en el ejercicio de la litigación acusatoria y adversarial. Criterio que no consulta la realidad de la administración de justicia, pues en cualquier tipo de proceso la posibilidad de disponer de medios científicos que permitan una aproximación cuanto más verificable a la causa adecuada de los efectos es absolutamente deseable, con independencia de la forma concreta que adquiera el proceso o su adscripción a una taxonomía específica.

Tan deseable es la llamada prueba técnica en un esquema de enjuiciamiento acusatorio como en otro que no lo es, siempre que su característica nodal sea la de constituir la verdad procesal a partir del método de la indagación.

Al haberse hallado que en un escaso 1% de los casos totales hubo intervención activa de los abogados respecto de la prueba técnica, pueden alcanzarse conclusiones un tanto contradictorias. Podría por ejemplo sostenerse que los abogados no parecen inquietarse mayormente por este medio de convicción, lo cual contradiría las inquietudes expuestas por el legislador. O puede confirmarse afirmando que precisamente por la incapacidad económica de acceder a ella no ha sido un medio de prueba importantemente ejercido y, por consiguiente, su contradicción no ha desatado mayores alternativas de intervención.

Lo cierto es que esta última podría ser la explicación más aceptable, pues si bien puede objetarse que el no disponer de suficientes recursos no explique el por qué no se cuestiona la prueba de la Fiscalía, debe tenerse en consideración que para refutar una prueba técnica se requiere al menos de la asistencia de un experto que asesore al abogado para efectos de la contradicción.

Las tablas IV y V, graficadas respectivamente mediante las señales III y IV, informan que apenas en un evento habría habido intervención del abogado, resultando defectuosa formalmente por autenticación indebida del experticio. La verificación sin embargo resulta ser estrictamente formal, por cuanto para evaluar si el experticio del fiscal pudo haber sido cuestionado o si algún aspecto sustancial

de la defensa debió haber sido acreditado a través de este medio probatorio, reclama haber dispuesto de más información procesal de la que se disponía, así como de consultores técnicos con los cuales no contó este proceso de investigación, entre otros porque, como lo hemos advertido, los aspectos concernientes a la calidad argumentativa no ocupan el objeto de investigación presente.

Nos ha llamado la atención una curiosidad que explica la presencia de dos tablas y gráficos referidos a la prueba pericial. En la primera se hizo mención a “experticios técnicos y documentos” y en la segunda únicamente a “experticios”. Esto atendió a que en una audiencia el abogado, pretendiendo cuestionar una prueba pericial del fiscal, dividió su oposición entre oposición al texto escrito dispuesto por el fiscal como pasada de memoria y la versión del perito, señalando referirse simultáneamente a un documento y a un experticio técnico. Una sola situación que sin embargo ilustra acerca de las condiciones intelectuales en que los abogados intervienen al interior de los procesos.

Análisis aplicado a nivel de circuito especializado

El análisis sociojurídico del espacio judicial demanda operar la observación allí donde se constituyen las interrelaciones determinantes al objeto específico de investigación, regularmente articulada al sistema de construcción social de la verdad judicial y, por consiguiente, determinante también respecto de la formación que sucede en el laboratorio social que es el proceso penal. En este caso en particular, la indagación busca identificar los síntomas que expresan la forma como se está individuando el enjuiciamiento de corte acusatorio y marcadamente adversarial y, además, el aporte específico del campo jurídico dentro de la red de “relaciones sistemáticas entre hechos institucionales”¹¹².

.....
112 La enunciación de relaciones sistemáticas entre hechos institucionales la refiere Searle como una de las manifestaciones de la construcción elemental de los hechos institucionales y la estructura lógica de su desarrollo. Esta manifestación funcional de los hechos institucionales expresa la integración sistémica entre las estructuras sociales, conformando una red que sustenta el sentido de la misma y a través de la cual circula la información simbólica que se origina dentro del sistema social. Así por ejemplo, la asignación de status no es viable sino a condición de la existencia de un trasfondo de sentido soportado, precisamente, en esa red descrita apta para que a través de ella se deslice con la orientación apropiada la información que contiene los significados preasignados. Por ejemplo, el status de “abogado” reclama una institución designada como universidad que le asigna tal significación a cierta condición de una persona, lo cual a su vez demanda la preexistencia de otra institución que en nuestro caso es llamada Ministerio de Educación que reconoce los títulos de abogado expedidos por las universidades. Con dicho reconocimiento el abogado es reconocido como tal dentro del campo jurídico, dentro del cual se encuentran los espacios judiciales, tales como los procesos, que son así mismo instituciones, en donde se realiza una cierta expre-

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Para una mejor ilustración de esta idea podemos sugerir la existencia de microespacios dentro del espacio judicial, que podrían conformarse y, más que ello, individualizarse, a partir de las competencias jurisdiccionales. Tal criterio, más allá de los factores tradicionalmente conocidos, informa un aspecto determinante del campo jurídico, de acuerdo con el cual la categorización de delitos puede operarse a partir de expresiones de política criminal, cuya particularidad proviene de surgir informadas por especiales criterios de represión, cristalizados en disposiciones específicas. Así, por ejemplo, un criterio apropiado para establecer la existencia de taxonomías actuadas de delitos puede acontecer de facto mediante expresiones como el atribuir por competencia a jueces investidos de mayor poder de disminuir derechos y garantías fundamentales el juzgamiento de ciertos delitos. Ello es indiscutible en Colombia mediante la asignación de competencias especiales a jueces como los actualmente designados como “especializados”.

Ciertamente, en Colombia no existe una clasificación de reatos diferente a la de delitos y contravenciones, mientras que otras legislaciones han conocido paralelos a los delitos, los llamados “crímenes”, o mediante expresiones paralelas como la de “delito grave”. De hecho, durante las consultas que sustentaron la configuración de la hoy conocida Convención de Palermo contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000, se buscó establecer una línea de definición de lo que debe entenderse por “delito grave”, y siendo múltiples las manifestaciones, en ausencia de cualquier posibilidad de unificación, se dispuso definirlo como todo aquel al que se haya atribuido pena de prisión no inferior a cuatro años.

Como se dijo, si se procura establecer lo que es un delito grave en el medio colombiano, podríamos utilizar como criterio orientador la intención legislativa de represión manifiesta en expresiones de mayor disminución de derechos y garantías fundamentales, como ocurre con la competencia por el factor material atribuida a los llamados jueces penales de circuito especializado¹¹³.

sión del status de abogado. Y podemos seguir expresando las distintas instituciones seguramente hasta agotarlas. Véase Searle, John. La Construcción de la Realidad Social. Ob. Cit. Páginas 52-53.

113 Conforme a la Ley 906 de 2004, continuando una tradición que cuenta con ya cerca de veinte años de tradición, los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado son los siguientes:

1. Genocidio.
2. Homicidio agravado según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.
3. Lesiones personales agravadas según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.
4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Al verificar los delitos de competencia de estos jueces, encontramos que son de los que más han ocupado tanto la actividad legislativa como las decisiones de política criminal, así como las discusiones académicas, judiciales y políticas en torno a ella¹¹⁴. De hecho, estos son de los delitos que más ocupan las páginas judiciales de los medios de comunicación masiva, sin que por ello dejen a un lado crímenes que

-
5. Secuestro extorsivo o agravado según los numerales 6, 7, 11 y 16 del artículo 170 del Código Penal.
 6. Desaparición forzada.
 7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo.
 8. Tortura.
 9. Desplazamiento forzado.
 10. Constreñimiento ilegal agravado según el numeral 1 del artículo 183 del Código Penal.
 11. Constreñimiento para delinquir agravado según el numeral 1 del artículo 185 del Código Penal.
 12. Hurto de hidrocarburos o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.
 13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 14. Lavado de activos cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
 15. Testaferrato cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
 16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
 17. Concierto para delinquir agravado según el inciso 2o del artículo 340 del Código Penal.
 18. Entrenamiento para actividades ilícitas.
 19. Terrorismo.
 20. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas.
 21. Instigación a delinquir con fines terroristas para los casos previstos en el inciso 2° del artículo 348 del Código Penal.
 22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas.
 23. De los delitos señalados en el artículo 366 del Código Penal.
 24. Empleo, producción y almacenamiento de minas antipersonales.
 25. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.
 26. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas.
 27. Conservación o financiación de plantaciones ilícitas cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos.
 28. Delitos señalados en el artículo 376 del Código Penal, agravados según el numeral 3 del artículo 384 del mismo código.
 29. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada, sea igual a las cantidades a que se refiere el literal anterior.
 30. Delitos señalados en el artículo 382 del Código Penal cuando su cantidad supere los cien (100) kilos o los cien (100) litros en caso de ser líquidos.
 31. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

114 Una manifestación clara en este sentido es, por ejemplo, la Ley 975 de 2005.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

podríamos englobar dentro de los “comunes”, pero lo cierto es que raramente se ocupan en desarrollar investigaciones y coberturas sostenidas sobre delitos diferentes a los de competencia de los jueces penales de circuito especializado.

Son estas razones más que suficientes para que cualquier investigación con pretensiones científicas como las pretendidas en este proceso concreto requieren impactar como necesario el espacio judicial presidido por estos jueces.

Por estas razones observamos particular cuidado en el análisis concerniente a esta concreta expresión del campo jurídico colombiano, cuidado manifiesto en haber accedido a la totalidad de audiencias verificadas por estos jueces en Bogotá, entre el 1° de enero de 2005 y el momento en que se cierra el trabajo de campo, esto es, aproximadamente en el mes de julio de 2007.

En líneas generales advertimos rasgos sintomáticamente semejantes a los registrados con ocasión a las audiencias verificadas ante los jueces penales municipales, pese a que algunas diferencias permiten anticipar una mejor desenvolvura por parte de los abogados particulares que intervinieron ante los primeros, aun cuando las deficiencias que evidenciaron resultan bastante graves para el desarrollo de la administración de justicia en términos de justicia material.

Prueba testimonial

Al igual que ocurrió con el nivel penal municipal, los dos tipos de medio probatorio que más comprometen la intervención de los abogados particulares colombianos son el testimonio y los documentos.

Nos ocupamos inicialmente de la prueba testimonial, por cuanto registró una incidencia mucho más alta respecto de los documentos. Es así que encontramos que la prueba testimonial fue objeto de intervención en el 65,5% de los casos, pero con un alto índice de vicios de legalidad, los cuales alcanzaron un 61,11%. Significa que respecto de las intervenciones ante juzgados penales municipales y de circuito ordinario, los abogados resultaron mucho más deficientes sobre el régimen legal de la prueba testimonial.

Al momento de proponer una explicación a este comportamiento deben observarse varias situaciones particulares. Por un lado, en un mismo proceso de circuito especializado se practican muchos más testimonios que en un proceso de circuito ordinario y de penales municipales. Esto surge del hecho constatado

conforme al cual en 32 audiencias de circuito especializado fue necesario aplicar 54 instrumentos, mientras que en 103 audiencias de municipales y circuito ordinario se requirió de un número levemente superior de instrumentos, esto es, 57. Esto conlleva que la proporción es aproximadamente equivalente a 1-3, es decir que por cada testigo en circuito ordinario y penal municipal se practican tres en el circuito especializado.

Significa lo descrito que en el circuito especializado se sustentan más en prueba testimonial las teorías del caso, pero en todo caso resultan erráticos los abogados en el régimen de legalidad de la prueba testimonial, en una proporción mucho más alta, puesto que a nivel de circuito ordinario y penal municipal registraron un déficit en proporción levemente superior al 12%.

Esta situación puede deberse a varios factores que individual o colectivamente hacen que resulte más difícil defender una persona ante el circuito ordinario, bien por la complejidad que pueden adquirir las defensas y las acusaciones en estos eventos, frente a una actividad más intensiva de investigación de la Fiscalía, ora porque lo más frecuente es que existan concursos materiales o ideales de delitos o porque exista una mayor frecuencia de concurso de personas.

Por otra parte, puede suceder que exista la tendencia a una mayor exigencia y control de legalidad por parte de los jueces penales de circuito especializado, lo cual atendería a un mayor conocimiento del régimen legal de la prueba testimonial, lo que a su vez puede deberse a que el grupo de jueces especializados es significativamente menor, facilitando sus prácticas de autoformación a través de los conocidos conversatorios, seminarios, conferencias, etcétera. Por cierto, se sabe que al menos algunas de las reuniones de la Comisión Redactora Constitucional fueron asistidas por jueces del circuito especializado de Bogotá en las cuales se manifestaron acerca del proyecto de código. Mientras que se sepa no ocurrió lo mismo con jueces penales municipales o de circuito ordinario, lamentablemente. Más adelante se observará que, no obstante, esta no puede tomarse como explicación satisfactoria.

Por otra parte, la tipología de delitos y los perfiles conocidos de las personas procesadas ante los jueces penales de circuito especializado son muy diferentes respecto de los delitos y personas procesadas ante el circuito ordinario y el penal municipal, lo cual puede resolverse en una mayor presión sobre los abogados, sumado a mayores exigencias de los procesados en el sentido de formular solicitudes que no les resulten a los abogados del todo aconsejables.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Por la misma causa se considera una mayor dificultad en el desarrollo de las defensas, en términos de probabilidad de éxito de la teoría del caso y de costos materiales.

Las deficiencias durante la práctica de la prueba testimonial se apreciaron en el casi el 39% de los casos, dato que frente a casi un 88% de los casos arroja que resultan mucho mejores en cuanto a técnicas de juicio oral los abogados que intervienen ante el circuito especializado, puesto que la proporción es más o menos de tres testigos por cada uno del circuito ordinario y el penal municipal.

Acaso el hecho mismo de verse abocados a practicar con mayor frecuencia los interrogatorios, contrainterrogatorios, redirectos y recontrainterrogatorios conlleve que los abogados que actúan ante el circuito especializado se encuentren más entrenados en estas técnicas, coadyuvados por el hecho de ser más conocedores de las mismas los jueces ante quienes intervienen, luego aprenden más en la práctica del circuito especializado.

Al igual que con el circuito ordinario y el penal municipal, los abogados particulares que litigaron en el circuito especializado no fallaron en la acreditación de los testigos.

Este panorama refleja en todo caso un nivel crítico por parte de los abogados, puesto que deficiencias de legalidad que alcanzan el 60%, adjuntas a malas prácticas de la prueba en casi el 40%, expresan la existencia de defensas altamente deficitarias, pudiendo cuestionarse por esta causa la legalidad misma de los procesos.

Prueba documental

En 39 audiencias analizadas se generaron 39 instrumentos, significando que por cada audiencia hubo en promedio un documento invocado como medio probatorio.

Esta información arroja una diferencia más o menos significativa frente a las audiencias del circuito ordinario y penal municipal, puesto que en estas la proporción del medio documental fue muy próxima a la del testimonial, en tanto a nivel de circuito especializado se generaron 39 instrumentos, esto es algo así como el 23,5% del total de instrumentos aplicados (83).

El aspecto más crítico de la prueba documental se verificó en la incorporación. Precisamente se verificó que, de los casos que contaron con este tipo de

medio, se registraron falencias en casi el 72%. En el circuito ordinario y en el penal municipal tal deficiencia se observó en algo más del 86% de los casos, lo que señala que tal aspecto resulta mucho más crítico a este nivel. De cualquier forma, el 72% es un nivel muy alto de deficiencia y, si se considera que las falencias en incorporación fácilmente dan al traste con la prueba, podemos concluir que puede catalogarse de altamente deficitaria la capacidad de los abogados para incorporar prueba documental.

Por otra parte, se observó que en el 28% de los casos los abogados se equivocaron en punto al régimen legal de la prueba documental, lo que resulta mucho más elevado respecto de los abogados que actuaron a nivel del circuito ordinario y el penal municipal, quienes registraron el mismo tipo de deficiencia en el 12% de los casos.

Finalmente, el aspecto menos crítico en los dos niveles fue la autenticación de los documentos que, en el caso de los abogados que litigaron ante el circuito especializado, alcanzó el 5%, mientras que a nivel de penales municipales y circuito ordinario fue apenas del 1,72%.

Sería un despropósito equiparar los enjuiciamientos cuyo esquema se basa en el predominio de las formas escriturarias con el recurso frecuente a la prueba documental, puesto que, siendo dos temas paralelos, nada obsta que en procesos de corte acusatorio y adversarial, en que predomina la expresión oral de los actos procesales, se practiquen frecuentemente pruebas documentales. Por manera que el registro de deficiencias en su manejo resulta crítico, tanto más cuanto se alcanzan niveles preocupantes que expresan un nivel de formación muy deficiente.

El hecho de tratarse, junto con los testimonios y la mayoría de medios de convicción, de pruebas válidas en uno y otro esquema, no conlleva que el tratamiento en punto al régimen legal considerado, así como los métodos de incorporación y autenticación, deban ser iguales. Ciertamente registran diferencias significativas, y el hecho de saber manejar la prueba en un esquema procesal no conlleva que necesariamente se sepa hacerlo en el otro. Precisamente, en la medida en que la construcción de la verdad judicial en los sistemas orales y adversariales depende de las partes, de ellas también depende el manejo de la prueba acorde a los reclamos legales y técnicos previstos. Lo que se evidencia en las prácticas judiciales de los abogados colombianos es un nivel de preparación deficiente en cuanto al manejo de la prueba documental.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Evidencia física

Tampoco podríamos sostener que la evidencia física y los elementos materiales probatorios constituyan una característica especial de los procesos de corte acusatorio y adversarial, si bien el concepto se introdujo en el discurso jurídico colombiano con ocasión de la Ley 906 de 2004, por tal hecho no podemos concluir su inexistencia en el esquema de la Ley 600 de 2000.

Al igual que la prueba testimonial y la documental, este tipo de medio de convicción cuenta con un régimen especial en el cuerpo de la Ley 906 de 2004. De la misma forma, se soporta en un método técnico de incorporación y autenticación, que de no observarse, sea lo uno sea lo otro, importa el déficit consistente en la imposibilidad de sustentar en ella la decisión del juez, pese a que pueda resultar determinante en el sentido que adquiriera la sentencia.

Lamentablemente no resulta probable construir una comparación respecto de lo que sucede en el nivel penal municipal y de circuito ordinario, frente al circuito especializado debido a que, como pudo apreciarse, no se encontró entre las audiencias analizadas una sola en que se haya presentado elementos materiales probatorios, y por tanto, tampoco se apreciaron intervenciones de los abogados al respecto, así que no es viable hacer un diagnóstico sobre su calidad.

La situación resulta sustancialmente distinta respecto de las audiencias cumplidas ante los jueces penales de circuito especializado, durante las cuales pudo constatarse una tendencia clara al recurso probatorio a la evidencia física, registrada en algo más que el 18% del total de instrumentos aplicados. Sin embargo, en las intervenciones de los abogados particulares respecto a dichas evidencias se advirtieron deficiencias importantes, pudiendo verificarse que en el aspecto en que incurrieron en más errores fue precisamente el régimen legal, sobre el cual ya hubo lugar a las explicaciones pertinentes. Ciertamente, el 56,66% de las intervenciones fue deficiente respecto al régimen legal considerado sobre la evidencia física en la Ley 906 de 2004, es decir, en ese porcentaje los abogados particulares incurrieron en errores. Un 43,33% resultó defectuoso en cuanto a la incorporación, mientras que fallaron en el 6,66% con respecto a la autenticación.

Como puede apreciarse, el aspecto del manejo de la prueba consistente en evidencia física mejor librado fue el de la autenticación, empero, habiendo fallado sobre el régimen legal y la incorporación en un nivel tan alto, esto es,

alrededor de la mitad de las intervenciones resultaron defectuosas sobre estos aspectos, no resulta del todo alentador el 6,66% con respecto a la autenticación, por ser este un aspecto ulterior puesto que la calidad de la autenticación se considera siempre y cuando se haya superado el régimen legal y la incorporación, lo que en últimas señala que hubo fallas significativas en lo fundamental del manejo de la evidencia física, esto es, tanto en la regulación como en las técnicas de juicio oral aplicables.

Sin lugar a dudas el manejo de la evidencia física constituye uno de los aspectos más novedosos dentro del régimen procesal sobreveniente. Como se ha venido manteniendo, la constitución de la verdad judicial a partir de la Ley 906 de 2004 depende de las partes, luego la obtención, el recaudo, la conservación, la incorporación y la autenticación de la evidencia física, por primera vez, se confiaron a las partes en litigio, y si bien los fiscales y sus investigadores dieron inicio a su actividad con un precedente significativo de experiencia, no ocurre lo mismo con los abogados particulares, quienes no se habían visto con anterioridad comprometidos con este tipo de gravámenes probatorios.

Esta condición, que se repite, milenaria, explica que resulten deficientes en aspectos fundamentales como son los que evidenciaron. El grave inconveniente con la evidencia física es que no saber incorporarla ni aplicar el régimen legal que le corresponde conlleva que el juez deba pronunciarse sin apoyar su decisión en dicha evidencia que, como se puede advertir, puede llegar a ser determinante para señalar o no la responsabilidad del procesado. Por otra parte, en el evento en que llegue a precisarse repetir el juicio, sería muy improbable contar con esa evidencia.

Prueba pericial

Durante las deliberaciones de la Comisión Redactora Constitucional y, más conspicuamente, durante el trámite del proyecto ante el Congreso de la República, se sostuvo que “en el sistema penal acusatorio la prueba técnica es determinante”. Queriendo significar que bajo el nuevo esquema procesal se haría uso de este medio de convicción con más frecuencia que en el llamado sistema mixto o de tendencia napoleónica.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Ya hemos tenido ocasión de referirnos sobre el particular, sin que obste recordar que esta afirmación no parece más que uno de los tantos mitos tejidos en torno al procedimiento acusatorio y marcadamente adversarial. La verdad es que si de aproximarse a un nivel más o menos deseable de identidad con la forma real en que ocurrieron los hechos se trata, la prueba producida a través de metodologías previamente consideradas científicas no es un condicionante inevitable para la respectiva demostración.

Por otra parte, esa pretensión de identidad aristotélica entre la decisión y los hechos bien puede sostenerse en cualquier tipo de enjuiciamiento, independientemente de su contenido acusatorio o adversarial.

Lo que llama la atención es que la prueba “técnica” preocupó como ninguna otra al Congreso, tanto por los costos que conlleva producirla, que de ahora en adelante correrían por cuenta de las partes, como por la capacitación de los técnicos para producirla. Empero, cuanto se forjó fue el acceso de la defensa a los servicios del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, pese a que el concepto de “prueba técnica”, en el entendido de la Corporación, comprende otras como los análisis fonoaudiológicos, las pruebas de resistencia de un material comprometido en el proceso, la autenticidad de una fotografía, etcétera, pruebas que no necesariamente pueden ser producidas por instituciones como la mencionada.

Lo cierto es que el comportamiento de la frecuencia con que se acude a la llamada prueba técnica, a nivel de circuito especializado resulta señaladamente escasa. En efecto, de 83 instrumentos de análisis aplicados, apenas 3 generaron información sobre intervención de los abogados particulares respecto de este medio probatorio, dando lugar a que apenas un 1,6% ocupó esta actividad, cifra muy cercana a la de los abogados particulares que intervinieron a nivel inferior en la escala jerárquica judicial, pues apenas arrojó un escaso 1%.

En dos de los tres totales los abogados registraron deficiencias relacionadas con la incorporación del dictamen, mientras en un evento fueron falentes en cuanto al régimen legal del mismo. En síntesis, en todos los casos se registraron deficiencias importantes, al igual que en el penal municipal y el circuito ordinario.

Naturalmente, las conclusiones deben ser cautas en cuanto son muy pocos los casos que registraron manejo de la prueba pericial; lo cierto es que a estas alturas

de la implementación el recurso a la prueba pericial resulta demasiado escaso, lo cual no implica necesariamente que el Congreso haya errado en sus estimativos, pues una razón por la cual no se acude con mucha frecuencia puede ser que los abogados no dispongan de los suficientes recursos para sufragar la prueba. Lo cual, de ser cierto, en efecto no dispensa del conocimiento del régimen legal ni de las técnicas de juicio oral precisas para la incorporación.

Indicios

Bastante se ha dicho que la prueba indirecta no tiene cabida en el régimen del procedimiento acusatorio y adversarial, en el intento de blindar la capacidad perceptiva del juez, de los azares y desviaciones que facilita la inmediatez con que se practican las pruebas.

Más precisamente, el compromiso que adquieren las partes en la constitución de la litis conlleva la necesidad de constituir probatoriamente el sustento de sus pretensiones, las cuales deben consolidarse mediante metodologías aceptables de persuasión. La prueba indirecta tiene siempre un nivel de contingencia más o menos significativo, y la consolidación de la certeza del juez para decidirse a favor o en contra de una pretensión puede operarse por esta vía dejando en entredicho los derechos fundamentales de la persona procesada, en el sentido de no ser efectivamente vencido en juicio como condición para atribuírsele el estatus de responsable y, por ende, de condenado. Acaso la distancia que se establece entre el debate y el juicio consolidado del juez, a propuesta de las formas de enjuiciamiento mixtas o marcadamente inquisitivas, puede llegar a justificar de alguna forma los indicios como método de consolidación de la decisión, por cuanto la verdad judicial se opera desde el juez mismo.

Mientras que en las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales la construcción de la verdad judicial se invierte, en la medida en que operan desde las partes hacia el juez, por suerte que este no interviene en su producción. Si los indicios involucran un nivel de subjetividad –en sentido epistemológico– más o menos amplio, quienes pueden constituir convicciones propias a partir de ellos son quienes se involucran en la búsqueda de las bases probatorias. Pero no debe ser igual respecto de quien se mantiene completamente ajeno a dicho proceso de

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

indagación, porque respecto de él el contenido objetivo que acompaña al indicio se desvanece todavía más.

Pese a ello, es ampliamente conocida a sentencia de la Corte Suprema producida el 30 de marzo 2006, con ponencia del Dr. Édgar Lombana, en donde se revivió jurisprudencialmente la prueba indiciaria para el proceso de la Ley 906 de 2004. Es afortunado en todo caso que ningún evento de recurso al indicio se verificó en las sedes de los penales municipales y circuito ordinario, aun cuando sí se registró uno ante el circuito especializado, el cual se vio afectado por vicios de legalidad.

Análisis aplicado a nivel de tribunal

Ante los tribunales superiores de distrito se realizan audiencias en que se evidencia el manejo de la prueba, atendiendo a que dentro de su órbita de competencia se consideran procesos de primera instancia contra persona aforadas. Por otra parte, los tribunales tienen asignada competencia de segundo grado respecto de las sentencias producidas por el penal municipal, el circuito ordinario y el circuito especializado. Por consiguiente, si se pretende establecer las tendencias manifiestas en el estado de individuación de las instituciones propias del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, es prudente verificar qué tanto los datos obtenidos se reafirman o varían las conclusiones alcanzadas o si en el espacio judicial conformado por las audiencias cumplidas por el tribunal se identifican prácticas particulares que propongan alguna diferencia sustancial.

Por estas razones preferimos auscultar lo que está sucediendo en el tribunal, para lo cual se accedió a 52 audiencias, de donde se obtuvo información relacionada con manejo de la prueba importante para esta investigación.

En dichas audiencias se apreció una actividad probatoria más prolija, en el entendido de que los abogados intervinieron en mayor proporción, pues se generaron 165 instrumentos, empero evidenciaron tendencias a fallar en el manejo de la prueba de una forma similar a los niveles previamente descritos, lo que permite anticipar que si bien es atendible que se busquen litigantes más expertos cuanto más alto es el nivel jerárquico de la escala judicial ante el cual se tiene que intervenir, no por ello se encuentran esos abogados exentos de las deficiencias que la generalidad ha dejado en evidencia conforme a sus actuaciones.

Prueba testimonial

La frecuencia con que los abogados intervienen respecto de la prueba testimonial es considerable, teniendo en cuenta que se generaron 92 instrumentos de un total de 165. Esto corrobora que, al igual que en cualquier tipo de enjuiciamiento, sea acusatorio y adversarial o no, la prueba más importante sigue siendo la testimonial.

Informa la verificación que el aspecto más deficiente fue la práctica de la prueba, es decir, que donde más se falló fue precisamente en las técnicas de juicio oral aplicables a la práctica de la prueba testimonial, falencia que alcanzó un 59%. Porcentaje este mucho más elevado que el verificado a nivel del circuito especializado, que al respecto alcanzó casi el 39%. Pero en todo caso inferior al del nivel penal municipal que fue del 88%.

La frecuencia con que se habrían suscitado intervenciones de los abogados particulares en relación con el desarrollo de pruebas testimoniales es muy similar a la del circuito especializado, esto es, de aproximadamente tres por cada audiencia.

Esa situación intermedia que ocupan los tribunales, es decir, más deficiente que el circuito especializado pero menos que frente al circuito ordinario y el penal municipal, no se presta a explicaciones sencillas, dada la complejidad que caracteriza al espacio judicial colombiano. A nuestro modo de ver esta situación tiene relación inmanente con la capacitación de los jueces, es decir, cuanto más formados se encuentran, exigen más a los abogados, y en esta misma proporción se incurre en menos errores, sin que por ello se eliminen, puesto que si bien el juez tiene un margen de intervención, no puede sustituir a las partes, apenas puede corregir los extravíos que puedan dar al traste con la legalidad del proceso. Y en esta misma proporción los abogados reciben una práctica de mejor calidad.

Los vicios de legalidad en que incurrieron los abogados a nivel de tribunal fueron del 40%, es decir, más que a nivel de los penales municipales y el circuito ordinario, pero menos que a nivel del circuito especializado. Sucediendo un fenómeno similar al que acaba de señalarse. Similares explicaciones concursan a favor de la comprensión de la situación, en el entendido de que se practican más testimonios a nivel de tribunales que de penales municipales y circuito ordinario; además, su carácter colegiado y el mayor acceso que disponen a la capacitación coloca a los magistrados en un plano de mayor exigencia y solvencia profesional. Respecto del circuito especializado, indudablemente los jueces disponen de una experiencia más

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

significativa en tiempo e intensidad profesional, puesto que el tipo de procesos que adelantan, así como las características de las audiencias que desarrollan y, particularmente, que venían desarrollando aún antes de la implementación de la Ley 906 de 2004, los ha exigido en dirección a formarse más eficazmente y, por consiguiente, a imponer reglas de juego procesal mucho más coherentes.

Las deficiencias en cuanto a la acreditación tuvieron un ritmo muy similar a los otros dos niveles, así que resultó ser este el aspecto menos errático en cuanto al manejo de la prueba, puesto que alcanzó apenas un 1%.

Prueba documental

Al haber alcanzado una proporción de frecuencia del 9,63%, el recurso a la prueba documental, resultó ser este nivel en el que menos se acude a este medio de convicción. Significando que no resulta ser un aspecto particularmente polémico, en el entendido de que no genera impugnaciones precisas, o que tiene por objeto la prueba documental misma, así como que la tipología de delitos que ocupa la competencia del tribunal prefiere otro tipo de medios probatorio.

Quizás por esta misma razón se haya evidenciado el nivel más alto de deficiencias de legalidad, el cual alcanzó un 62,5%, frente a un 28% y 12% a nivel de circuito especializado y ordinario y penales municipales, respectivamente. Es decir, cuanto menos se practica es más ignorado el régimen legal.

Las deficiencias en punto a la incorporación fueron del 37,5%, proporción mucho más baja que la verificada tanto a nivel del circuito ordinario y el penal municipal, que estuvo en el 86%. Y también inferior al circuito especializado que estuvo cerca del 72%.

Siguiendo la misma tendencia de los niveles previamente analizados, el aspecto mejor librado fue el de la autenticación, el cual a nivel de tribunal no registró falencias.

Evidencia física

La frecuencia relativa con que se acudió a este medio de convicción fue del 18%, es decir, igual a la del circuito especializado, considerablemente alta si se estima que se acudió más a este medio que a los documentos, así como también en

comparación con el circuito especializado, cuya tipología de delitos y de procesos genera más opciones de evidencia física.

Esto significa que a nivel del tribunal fue donde los abogados más auscultaron en la búsqueda de evidencia, lo que podría explicarse en que hubo más investigación por su parte, lo que a su vez se explicaría en que los abogados que intervienen a este nivel disponen de mayores recursos.

Sin embargo, los vicios de legalidad se evidenciaron en proporción cercana al 67%, mucho más alta que a nivel del circuito especializado, el cual registró el 56,66% de las intervenciones con deficiencias respecto al régimen legal, lo que implica un desconocimiento importante de dicho régimen.

La incorporación resultó crítica en algo más del 33%, es decir, menos que a nivel del circuito especializado que generó un porcentaje del 43,33%.

Finalmente, hubo un mejor comportamiento en punto a la autenticación, que no implicó deficiencias a nivel del tribunal, en tanto sí respecto del circuito especializado que estuvo en el 6,66%.

Prueba pericial

De 165 instrumentos aplicados apenas 4 se precisaron para registrar la calidad de las intervenciones de los abogados particulares en relación con este tipo de prueba, significando que la frecuencia relativa a la prueba pericial se acercó al 5% ponderado. Es así que el comportamiento resultó más o menos similar frente al circuito especializado, en donde hubo lugar a un 1,6% de actividad frente a dicho medio de convicción y, aun más, al penal municipal y el circuito ordinario, que alcanzó el 8%. Quiere ello decir que vuelve a ocupar un lugar intermedio.

En un 50% se registraron vicios de legalidad y en otro tanto deficiencias respecto de la incorporación, aun cuando no se reportaron irregularidades respecto de la autenticación.

Como se vio, a nivel del circuito especializado se presentaron deficiencias a nivel de legalidad en casi el 33,5% y cerca del 67% con respecto a la incorporación, sin que se hubiesen registrado deficiencias de autenticación.

Respecto del penal municipal y del circuito ordinario, se verificó una frecuencia del 90% de deficiencias de legalidad y un 10% de incorporación, sin mociones de autenticación.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Indicios

En dos eventos se registraron intervenciones respecto de pruebas indirectas, los dos registraron vicios de legalidad, resultando ser un comportamiento muy similar al del circuito especializado en que se apreció una intervención también con este tipo de deficiencia. Mientras que en las sedes de los penales municipales y del circuito ordinario no se generó ningún instrumento.

Sobre este particular medio de convicción hemos hechos referencia en varias oportunidades, para dejar en evidencia las posiciones y la condición que adquiere en el desarrollo del llamado sistema acusatorio. Lo cierto es que no parece deseable que se acuda a la prueba indirecta para construir la verdad judicial dentro de actuaciones que colocaron esa carga sobre las partes, lo cual compromete abandonar una práctica milenaria a favor de un método de construcción de la verdad más ajustado a un modelo de litigio en que coexiste la polaridad de las partes y la extrapolación del juez.

Es igualmente cierto que relativamente se acudió poco a esta figura. No obstante, inquieta que sea precisamente a nivel del circuito y del tribunal donde se llevó a cabo su operación. Precisamente, partimos de la base según la cual en la medida en que se asciende por la escala jurisdiccional se consolidan la experiencia, el conocimiento y las garantías, así que no es alentador el resultado, por escasas que sean las situaciones, al menos si se piensa en términos de justicia material.

Análisis ponderado del comportamiento evidenciado en el espacio judicial

La observación previamente descrita nos provee la aproximación que precisa el problema de investigación planteado, en busca de una respuesta diagnóstica a las preguntas de investigación formuladas.

Ciertamente, se formuló que la introducción del llamado sistema acusatorio planteaba una serie de exigencias y particularidades que impactarían profundamente las prácticas judiciales. En efecto, la nueva institución procesal fractura la tradición que compromete casi dos siglos de ejercicio judicial, caracterizado por una versión propiamente aristotélica del objeto del proceso, en donde los extremos procesales concursan en torno a la búsqueda de la verdad material, y procuran erigirla en sentencia de mérito. Desde este punto de vista los sujetos procesales se encuentran cohesionados por una misma finalidad monitoreada por

el Estado, el cual provee los recursos técnicos, humanos y materiales para consolidarlo. Por ello mismo en el proceso de tendencia napoleónica el manejo de la prueba constituye una de las cargas que pesa sobre el Estado.

Este modelo de procesamiento criminal fue señalado de ser causa de casi todos los síntomas indeseables de la administración de justicia, desde la mora hasta la impunidad, en fin, de la ineficiencia e ineficacia de la rama jurisdiccional. Desde luego, la promoción del nuevo esquema se nutrió de la promesa de sortear las deformaciones de la justicia, de suerte que el nuevo procesamiento subtendría la justicia con la ley, sin haber reparado en que el estado de la administración de justicia era producto de una red de prácticas, respecto de la cual no se había analizado la incidencia directa del esquema procesal.

Habiendo aparecido el nuevo código empezó a orbitar la pregunta: ¿teniendo en consideración las características del procesamiento acusatorio y adversarial, muchas de ellas opuestas a las prácticas ejercidas por tanto tiempo en el país, los abogados particulares, actores judiciales indispensables, se encuentran en condición de incorporarse al campo jurídico? Es decir, ¿habiendo surgido un nuevo juego judicial, qué tanto conocen sus reglas y, por consiguiente, en qué condiciones se hallan para jugar ese nuevo juego?

Hemos tenido oportunidad de señalar el extravío que consistió en formular una solución a los problemas judiciales, sin haberse realizado los estudios pertinentes, a partir de los cuales se hubiese podido formular y sustentar el procesamiento acusatorio y adversarial como solución razonada. Empero, a falta de los mismos y por la realidad de la reforma, es posible en mayor o menor medida paliar esa falencia, verificando las formas y contenidos de las prácticas judiciales mediante las cuales el país intenta individuar la institución, para señalar algunas de sus resistencias y plantear alternativas que bien puede ser una reforma.

Una de las condiciones determinantes para el éxito del enjuiciamiento acusatorio y adversarial es precisamente la capacidad de los abogados para manejar la prueba en condiciones óptimas tanto de legalidad como de técnicas de juicio oral. Precisamente, si la construcción de la verdad judicial ha sido entregada a las partes, es preciso que las mismas sepan constituirarla, lo cual depende directamente de las condiciones en que se hallen para aplicar un óptimo o, al menos, deseable manejo de la prueba. Lamentablemente, lo que hemos hallado es decididamente disfuncional, pues anticipamos que en general los abogados colombianos se

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

encuentran muy por debajo del nivel que se requiere para un buen desarrollo del espacio judicial en términos de justicia material.

La verdad es que el Congreso de la República había expresado sus preocupaciones con respecto a los experticios; sin embargo, la sorpresa está en que no solo existen deficiencias al respecto, sino también en relación a medios que en su momento no acusaban mayores prevenciones, como el testimonio o los documentos, resultando que existen tantas deficiencias en los unos como en los otros, lo cual expresa un síntoma de disfuncionalidad grave.

Este estudio se realizará mediante dos componentes. El primero es el diagnóstico ponderado de resultados, que para mejor ilustración se hará mediante cada medio de convicción en particular. El segundo se referirá al análisis de situaciones concretas de disfuncionalidad. Mediante el primero se mostrarán los ritmos generales del comportamiento de las prácticas judiciales en materia de manejo de la prueba, mientras que a través del segundo se verificarán las causas observadas.

Verificación del manejo de cada medio de prueba

Prueba testimonial

Hemos encontrado que el medio de convicción más recurrido, es decir, el que ha merecido mayor intervención por parte de los abogados, es la prueba testimonial, lo cual resulta en absoluto novedoso, pero lo que sí pasa por síntoma preocupante es que reveló la situación de los abogados como de señaladamente erráticos en su ejercicio.

Es así como su práctica, esto es, el desarrollo mismo de los interrogatorios, contrainterrogatorios, redirectos y recontrainterrogatorios, llegó a manifestar deficiencias de hasta el 88% en el punto más alto y, en el menos alto, del 39%, de donde puede fácilmente concluirse que los abogados colombianos no se encuentran debidamente capacitados en técnicas de juicio oral.

El panorama respecto al régimen legal, si bien menos dramático, es muy grave si se tiene en consideración que en el punto más alto revelaron deficiencias de más del 61%, y en el más bajo del 12%, con un porcentaje intermedio a nivel del tribunal, en donde dichas deficiencias sobre el régimen legal oscilaron en el 40%.

Como puede observarse, el desconocimiento del régimen normativo de la prueba testimonial es exageradamente alto, pues no se compadece que los

expertos del campo jurídico puedan ostentar deficiencias de conocimiento en el 61% de los casos.

En cambio, no se evidenciaron niveles críticos de pericia en punto a la acreditación de los testigos, lo cual no es ventaja plausible si se estima que en los aspectos cruciales resultaron altamente deficientes los abogados.

En estas condiciones, se señala que fallan de forma grave tanto en la práctica como en el régimen, pudiendo concluirse que los abogados colombianos no desarrollan un adecuado manejo de la prueba testimonial en el espacio judicial abierto por la Ley 906 de 2004.

Prueba documental

Otro de los más importantes medios de convicción, dada la frecuencia con que se acude a él, es la prueba conformada mediante documentos.

La incorporación de los documentos evidenció en el punto más alto deficiencias que alcanzaron el 86%, y en el más bajo del 37,5%, significando que resultó ser este el aspecto para el cual los abogados colombianos se encuentran en condiciones más precarias.

Por otra parte, el desconocimiento del régimen legal fue del 62,5%, en el punto más crítico, mientras que la autenticación no manifestó condiciones deficitarias que demanden especiales análisis.

Teniendo en cuenta que, en general, los abogados colombianos ignoran las técnicas de incorporación de documentos, el dato que revela su buena condición para autenticarlos no salva la prueba, puesto que no sirve mayormente ese conocimiento si no se logra introducir técnicamente el medio de convicción al juicio.

Se concluye que, al igual que con la prueba testimonial, los abogados colombianos tampoco se encuentran en condiciones de manejo técnico de la prueba documental.

Evidencia física

Aun cuando los abogados tienden a intervenir mucho más con base en testimonios y documentos o, respecto de los mismos, frente a la evidencia física y elementos materiales probatorios, la frecuencia de los vicios de legalidad en que incurrieron los abogados colombianos respecto de este medio de convicción alcanzó el 67%

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

ponderado, en el nivel más alto y, en el más bajo, el 56,66%, significando que en la mayor parte de las intervenciones los abogados evidenciaron no conocer suficientemente la regulación existente sobre evidencia.

Por otro lado, la incorporación de la evidencia fue mal realizada en algo más del 43%, en el punto más alto, y en el menos alto fue del 33%, mientras que la autenticación no registró desniveles de calidad preocupantes.

En todo caso el déficit evidenciado en materia de legalidad y de incorporación pone de manifiesto que los abogados colombianos adolecen de un muy lamentable manejo de la prueba. No sin advertir que es relativamente bajo el recurso a la evidencia física, lo cual puede explicarse precisamente en que los abogados no se encuentran demasiado familiarizados con el tema, prefiriendo no aportar evidencia ni intervenir respecto de la que presenta la contraparte.

Prueba pericial

Aun cuando la frecuencia con que intervienen los abogados respecto de la prueba pericial es una de las más bajas, registró los niveles de deficiencia más altos.

Las deficiencias acerca del régimen legal se ubicaron en el 90%, mientras que la incorporación tuvo niveles deficitarios en el 67%, en cuanto hace a los niveles más elevados, si bien los niveles más bajos oscilaron entre el 33,5% y el 10%, respectivamente.

Significando que también en materia de experticios los abogados colombianos evidenciaron una probabilidad de deficiencia demasiado alta, lo que pone en entredicho su capacidad discursiva y práctica sobre el manejo de la prueba pericial, o como ha sido designada, “prueba técnica”. Se recuerda que, por cierto, el medio de convicción que más preocupó al Congreso de la República fue precisamente este, respecto del cual manifestaron en repetidas ocasiones que podían los abogados no estar suficientemente formados, ni disponer de los recursos que permitieran confrontar en términos de igualdad relativa a la contraparte, esto es, la Fiscalía General de la Nación.

Indicios

El dudoso recurso al indicio y su incorrespondencia con la constitución de la verdad judicial en las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales parece

el aspecto mejor librado. En cuanto la tendencia evidenciada, es un muy bajo recurso a la prueba indirecta por parte de los abogados colombianos. Sin embargo, en los escasos eventos que merecieron su intervención, registraron vicios de legalidad que en el nivel más grave fue del 100%.

Es decir, aun cuando los abogados prefieren no apoyarse en la prueba indirecta, cuando se deciden a hacerlo resultan marcadamente erráticos.

Verificación diagnóstica de disfuncionalidad

Prácticas generadoras de disfuncionalidad

Hasta el momento la información capturada nos ha permitido evidenciar que los abogados colombianos, en términos generales, no realizan un adecuado manejo de la prueba en el espacio judicial conformado por el enjuiciamiento acusatorio y adversarial de la Ley 906 de 2004.

Surge de inmediato la inquietud consistente en establecer las circunstancias que explican esta situación; es decir, si se trata de actitudes contraculturales que dificultan la interiorización del nuevo enjuiciamiento, o si se trata de un problema específico de formación, o acaso si es que coexisten los dos tipos de circunstancias, caso en el cual es interesante procurar establecer cuál de las dos pesa más, o resulta determinante.

Obsérvese que como tal se trata de un fenómeno social particular puesto que una de las características del campo jurídico y, más precisamente, del espacio judicial, es una alta profesionalización de sus actores. Por manera que el abogado que litiga ante la jurisdicción penal es ante todo un experto que, a diferencia del profano, dispone de un manejo suficiente del discurso jurídico, al tiempo que sabe aplicar un método concreto de *juridización* de cierto tipo de relaciones sociales. Estas dos cualidades los distinguen del profano, hace que sea un experto, y en tanto tal, reconocido por el Estado, mediante la adjudicación de estatus que es la condición de abogado inscrito en el registro correspondiente.

Sin embargo, lo que evidencia el diagnóstico es que el abogado particular carece de las condiciones para ingresar en el espacio a jugar el juego judicial. Esta situación está siendo más que tolerada, diríamos que ignorada, en tanto se encuentra el llamado sistema acusatorio en pleno proceso de inicio de individuación. Sin

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

embargo, resulta inquietante que no existan acciones públicas y/o privadas, en curso a proveer una alternativa de profesionalización de los abogados, lo cual se resuelve en una ventaja potenciada a favor de la Fiscalía General de la Nación, que no encuentra en la contraparte natural un rival de peso. Esto no mejora, ni mucho menos garantiza la administración de justicia, en términos de justicia material, puesto que las personas procesadas se encuentran deficientemente asistidas en sus intereses de parte.

La aproximación *in situ* al espacio judicial ha permitido señalar algunas características de las prácticas judiciales, atribuibles al sector operativo objeto de análisis, que demuestran lo verificado anteriormente, y a partir de las cuales puede sugerirse una explicación satisfactoria al fenómeno descrito. Por ello se procurará señalar cuáles son las deficiencias detectadas que se repiten con más frecuencia, algunas de carácter general, entendiendo por tal aquellas que afectan la integridad de su actuación, y otras de orden particular, es decir, asociadas con medios probatorios concretos, las más de ellas por cierto advertidas en relación la prueba testimonial.

1. Ausencia de sentido de parte. Hemos venido insistiendo que una de las modificaciones más significativas del nuevo procesamiento penal está dada por la reorientación del sentido de la conformación de la verdad judicial. Por manera que el contenido adversativo del proceso informa que cada parte es responsable de la constitución jurídico-probatoria de su teoría del caso, con miras a persuadir al juez de la justicia de su pretensión.

Sin embargo, existe una manifiesta tendencia de los abogados a perder de vista ese criterio, insistiendo en la inversión de ese sentido mediante requerimientos como este: “Señor Juez, si Usted a bien lo tiene, ordene la práctica de xxx (prueba)”.

2. La ausencia de investigaciones y del apoyo de investigadores. Si pesa sobre las partes la construcción de sus teorías del caso de manera integral, les compete en consecuencia realizar las investigaciones convenientes a su constitución probatoria.

No se dispensan de ello por desarrollar defensas meramente negativas o de oposición, esto es, contraídas a controvertir la pretensión del fiscal, puesto que es preciso indagar acerca de las pruebas descubiertas durante la acusación o con posterioridad a ella, si ha habido ocasión, para poder plantear una controversia

sería. Incluso, puede llegar a ser necesario investigar para plantear una negociación o un preacuerdo.

Es cierto que el país en general no se ha acostumbrado a que los abogados se apoyen en investigadores, porque no ha sido la tradición, precisamente porque ha hecho carrera la práctica de apoyarse en el Estado para tales menesteres. No siendo posible en la actualidad, con base en la Ley 906 de 2004, es carga del abogado realizar la investigación, él mismo o con apoyo de un investigador. Desde luego lo deseable y técnico es que lo haga un investigador, pero a falta del mismo, particularmente por la dificultad eventual de remunerarlo, debería al menos intentar una investigación el abogado.

Lo cierto es que si no se investiga, el abogado va a la caza de errores por parte del fiscal, o de la aplicación de astucias menores que de alguna manera le permitan poner en entredicho la pretensión de la contraparte, dejando la defensa con un contenido meramente formal.

3. Actitud autoritaria frente al investigador. En los escasos eventos en que el abogado se apoyó en un investigador, se advirtió una tendencia a adoptar una actitud de superioridad respecto de él, así que tendió a impartirle órdenes acerca de lo que creía que debía hacer. No asume su rol de asesor jurídico, sino que asume la investigación sin tener claro qué es, cómo se hace. Es preciso formar a los abogados acerca del proceso de creación de conocimiento que es la investigación.

Si consideramos que en general los abogados no han sido formados como investigadores, la tendencia a no conformar equipos de trabajo caracterizados por la libertad de sus integrantes y el respecto a sus competencias, así como el sentido común de lograr el objetivo de construir una teoría del caso debidamente soportada, da al traste con el servicio de los investigadores. La tendencia a ver en el investigador una especie de “molestia necesaria”, un subordinado que cobra por sus servicios, es una visión miope que mutila cuando no anula el verdadero servicio que está llamado a ofrecer.

4. Los abogados no acuden a la escena del crimen. Profundamente relacionada con los anteriores, se presenta la situación de que los abogados no se acercaron a la escena del crimen, y la consecuencia fue su desconocimiento de las condiciones

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

de ocurrencia del delito, que en plena audiencia se resolvió en versiones completamente desencajadas, cuando no subjetivas o arbitrarias.

Es importante resaltar que la inmediatez probatoria no solo compromete al juez, es decir, su práctica y efectos no solo conciernen a la persuasión del juez, sino que debe involucrar a las partes, significando con ello que deben aproximarse cuanto sea posible a los escenarios primarios entre los que se encuentran el del delito, así como el entorno socio cultural de los testigos y de la víctima.

5. Falta de diversificación de estilos e intervenciones. Los abogados tienden a “ser siempre el mismo” sin considerar que los métodos de persuasión le imponen considerar aspectos que le reclaman diversificar sus formas de intervenir.

En efecto, la taxonomía de las audiencias y las distintas personalidades de los jueces demandan que las intervenciones se acomoden de la mejor forma a estas y demás condiciones, que suelen ser multiformes. Por manera que el abogado debe ser lo suficientemente versátil para acomodar su estilo a esas condiciones.

6. No se planean las intervenciones en consideración al tipo de delito. Por razones semejantes a las que acaba de señalarse, las intervenciones no pueden homologarse, sino que reclaman diversificarse en consideración al tipo de delito. Así, por ejemplo, no debe pensarse que es igual una defensa en un caso de homicidio que en otro de lavado de activos, no solo porque cada uno registra características diferentes sino más bien porque el uno es una construcción mucho más elaborada y con exigencias lógicas de las cuales no participa el homicidio, en donde las condiciones psicológicas y emocionales involucradas son bien distintas que las que puede tener el lavado de activos.

Sin embargo, se aprecia que los abogados tienden a impartir un tratamiento similar a casos completamente diferentes, con lo que logran que sus intervenciones sean más que vulnerables.

7. Exposiciones pluritemáticas expuestas son asistemáticamente. Otra tendencia manifestada es a desarrollar la teoría del caso en forma desordenada.

Una manifestación de desorden consiste en presentar muchos temas simultáneamente. Teniendo en cuenta las condiciones en que se está desarrollando la audiencia, es deseable que el abogado desarrolle sistemáticamente, tema por tema,

asegurándose de culminar el que inició. Sin embargo, lo que se advierte es que atropellan al juez con un cúmulo simultáneo de temas e ideas, sin permitirle interiorizar, independizar y articular el sentido de cada una. Por ello es deseable que programe las intervenciones, asegurándose de comprender cada una de ellas de manera precisa y clara, y no iniciar otra sin haber previamente agotado la anterior.

8. Falta sentido de trabajo en equipo. Surge claro que las actuaciones de los abogados en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004 son mucho más complejas cuanto más exigentes son en términos de responsabilidad y expectativas.

Pretender agotar toda la actuación una sola persona puede resultar pretencioso y arrogante, puesto que existen competencias diversificadas que raramente un mismo profesional maneja y, aun cuando así fuera, el espacio judicial reclama que el trabajo sea desarrollado por más de una persona. Así, al acompañamiento de los investigadores se suma la necesidad de ser acompañado de un abogado suplente que pueda asumir la representación en el evento que el principal deba ausentarse.

De la misma forma, puede necesitar auxiliarse de personas expertas en el manejo de videos, computadores, medios audiovisuales, etcétera, para que el abogado pueda concentrarse en el desarrollo de la audiencia, particularmente de las results de las pruebas, en curso a no perder la concentración que la inmediatez reclama. Por lo demás, el hecho de contar con varias personas involucradas en el caso, y al servicio de los intereses de parte, puede arrojar mejores alternativas de oposición y consolidación de la teoría del caso.

9. Temor reverencial a ciertos actores. En términos generales se advirtió que los abogados son en ocasiones demasiado tímidos respecto del juez, y de otros actores, como por ejemplo el representante del Ministerio Público, frente a quien en las 200 audiencias analizadas nunca se planteó, por ejemplo, una objeción cuando era manifiesta la viabilidad de oponerse.

Si bien el enjuiciamiento acusatorio y adversarial ha traído la reivindicación de la figura del juez, por cierto bastante deteriorada en el esquema de enjuiciamiento napoleónico, es comprensible que este funcionario, amén de los poderes correccionales que lo acompañan, inspire un nivel de temor importante en los demás intervinientes. En cambio resulta un poco extraño que los abogados adopten una

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

actitud si se quiere similar frente al representante del Ministerio Público, el cual no se encuentra jerárquicamente posicionado sobre o debajo del abogado defensor.

Quizás obedezca a que aún no se ha decantado la función constitucional atribuida a la Procuraduría, un tanto extraña en el nuevo proceso; o una especie de desencanto anticipado por su consabida proximidad con los fiscales. Lo cierto es que sus intervenciones no están blindadas de las objeciones que puedan legalmente formularse.

10. Se pretende incorporar elementos no anunciados. Fruto del desconocimiento del régimen de incorporación, los abogados mostraron una tendencia preocupante a pretender introducir en el juicio elementos importantes a sus teorías del caso, que no anunciaron en la oportunidad procesal correspondiente y, por consiguiente, tampoco los descubrieron.

Ciertamente, las técnicas de juicio oral informan sobre los procedimientos que deben observarse para la incorporación de evidencia física y elementos materiales probatorios. Una individuación verdaderamente sistémica del proceso, y más que ello, del modelo de enjuiciamiento que provee mejores condiciones de garantías entre las partes, permitiría asumir que no es viable pretender sorprender a la contraparte con medios de convicción no anunciados ni oportunamente descubiertos. Los abogados sin embargo tienden aún a las “astucias menores”, pero que por ilegales no son aceptables de ninguna manera.

11. Desperdicio reiterado de fuentes de información. Coetáneamente se observó que los abogados desaprovechan información de la cual disponen, como por ejemplo, las entrevistas, normalmente realizadas por el fiscal y sus ayudantes, puesto que solo muy escasamente se apreció que los abogados dispusieran de entrevistas propias.

Quizás esta tendencia atienda a que no se cuenta con formación en materia de investigación, lo que se resuelve en el desaprovechamiento de información que puede resultar valiosa al momento de practicar un contrainterrogatorio, por ejemplo, o de reafirmar un tema de la teoría del caso.

12. Ausencia de medios de ilustración. Los abogados colombianos prefieren basarse en exposiciones exclusivamente verbales, utilizando su voz como único instrumento de expresión.

Sin embargo, la transmisión de conocimiento que se opera dentro del espacio judicial reclama asegurarse de que al menos los aspectos esenciales del discurso fueron efectivamente transmitidos. Se sabe que algunos detalles de las exposiciones no se transmiten con facilidad mediante lenguaje verbal, por lo cual se demanda acudir o apoyarse en medios adicionales que ante todo garanticen que el mensaje se transmitió apropiadamente, esto es, de manera comprensible.

La información detallada acerca de aspectos tales como la posición del cadáver, la ubicación de una persona o cosa respecto de otra, la altura, la topografía, etcétera, sugieren apoyarse en medios de audio o video durante el desarrollo de las alegaciones y los interrogatorios mismos, como por ejemplo maniqués, siluetas, mapas, fotografías, informes, y cualquier otro de características similares, particularmente cuando las expresiones utilizadas no son con certeza asequibles al juez y, si lo hubiese, al jurado de conciencia.

13. Falta de acompañamiento técnico. La inmediatez de la práctica de la prueba, particularmente la conocida como “técnica”, suele reclamar el manejo de discursos y métodos técnicos, normalmente ajenos al jurídico. En tales eventos el encuentro con este tipo de pruebas puede dejar al abogado en situación semejante a la que se encuentra cualquier persona cuando le hablan en una lengua desconocida.

Desde luego hallarse en tal situación dentro del espacio judicial puede resultar muy comprometedor, frente a las dificultades para formular contrainterrogatorios, objeciones, petición de aclaraciones, o cuestionamientos. Por esta razón es absolutamente recomendable o bien una preparación técnica adecuada por parte del abogado o, preferiblemente, que acuda al espacio judicial en compañía de asesores especializados.

No obstante, la tendencia evidenciada es que el abogado acude al espacio judicial sin lo uno y sin lo otro, es decir, sin acompañamiento y sin preparación específica, condición que se resuelve en la formulación de preguntas inadecuadas, objeciones improcedentes, y pésima sustentación argumentativa de contraargumentación.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

14. El trastocamiento de las calidades de los declarantes. Íntimamente relacionada con la anterior, esta precisa deficiencia señala que los abogados tienden a impartir un tratamiento marcadamente similar y coincidente a los testigos propios que a los peritos y expertos declarantes de la contraparte. Esto conlleva dos efectos indeseables.

Por un lado, la verdad, siendo unos y otros instrumentos probatorios, no presta el mismo servicio, puesto que respecto de los primeros se busca preferiblemente afirmar una teoría del caso particular, en tanto los contrainterrogatorios a los segundos se orientan predominantemente a desvirtuar la teoría del caso del fiscal. Es decir, se interroga para afirmar algo que se postula como propio, mientras que se contrainterroga para intentar negar lo que propone el otro.

De lo contrario, se tendría el contrasentido de pretender afirmar la teoría del caso propia con el testigo experto de la contraparte, lo cual no pasa de ser una posibilidad completamente extraordinaria, puesto que no puede partirse de la base de que este hará tan mal sus cosas profesionales que siempre se le podrá invertir la prueba que presenta.

Sin embargo, los abogados tienden a impartir un tratamiento cuyas tendencias señalan que ordinariamente se intenta hacer lo mismo con los dos intervinientes, por manera que los contrainterrogatorios a expertos y peritos se orientan a hacerlo demostrar teorías del caso específicas, cuando se debe partir de la base de que tal actitud es propia de un fiscal, pero no de un defensor, por cuanto lo que debe hacer este es procurar la constitución de la duda razonable.

Por otro lado, se ha advertido la tendencia de los abogados a tratar como iguales a los testigos y a los peritos y expertos. Naturalmente, sus distintas cualidades demandan que cada uno reciba el tratamiento correspondiente a su condición específica. Tanto así que por perito que sea un testigo si es llevado al juicio oral como testigo y no como perito, no podrá interrogárselo o contrainterrogárselo como si fuese perito.

La calidad y contenido de las preguntas no pueden ser iguales para un lego que para un experto, puesto que al uno se le demanda aclarar científicamente un tema probatorio, mientras que al otro, rendir su versión percibida del hecho.

15. No se preconstituyen las condiciones de incorporación. Ciertamente, dentro de las técnicas de juicio oral se enseña que la incorporación de evidencia física y

elementos materiales probatorios reclama la preconstitución de condiciones apropiadas dispuestas a la recepción de los elementos.

En efecto, aun cuando la evidencia o elementos materiales hayan sido descubiertos y admitidos en audiencia preparatoria como prueba el juicio oral, la construcción de los discursos probatorios reclama que el elemento se incorpore cuando ello tiene sentido procesal, es decir, cuando el testigo o perito a través del cual se opera la incorporación haya sido debidamente interrogado o contrainterrogado acerca del mismo. Si se permitiese lo contrario el resultado sería manifiestas violaciones al derecho de contradicción, en tanto la contraparte no dispondría de condiciones serias de oposición a la incorporación, o de cuestionamientos relacionados con la pretensión o teoría del caso que se apoya en dicho elemento.

Sin embargo, se ha observado que los abogados tienden a pretender incorporar los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, de manera tan espontánea e inopinada, que pierden de vista los derechos procesales de su contraparte, y por esta vía pierden la oportunidad de hacerlos valer como prueba.

16. No se solicita la marca de la prueba. Durante la audiencia preparatoria se dispone el orden en que las pruebas se presentarán en juicio oral. Una forma de controlar el orden de presentación es que cada prueba sea formalmente marcada con cierta asignación de signos: numeración, literación, etcétera, facilitando la incorporación y la construcción de las intervenciones. Por demás, contribuye a los procesos de autenticación.

Pareciendo una guía muy sencilla, los abogados la ignoran dando lugar a confusiones que, al menos, dificultan sus intervenciones durante las objeciones, contrainterrogatorios, u oposiciones a la incorporación.

17. Olvido en la solicitud de incorporación. Aún cuando no fue la deficiencia más frecuente, conviene registrar que varios abogados al parecer olvidaron solicitar la incorporación de algún elemento probatorio. Y fueron advertidos de tal situación hasta cuando les objetaron preguntas o alegaciones.

Desde luego, la forma como se desarrolla la práctica de la prueba es acusadamente rápida, en el sentido de que la exigencia de inmediatez no da lugar a corrección de los actos incompletos, o al mal desenvolvimiento de las intervenciones. De manera que hay una exigencia más marcada de fidelidad

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

a las reglas que pronuncian la preclusividad de las oportunidades, cada error puede ser determinante, y entre los mismos se encuentra el no requerir la incorporación oportunamente.

La falta de experiencia en el nuevo modelo de enjuiciamiento explicaría la situación, si bien las guías de intervención o el sentido de trabajo en equipo proveería alternativas frente a este tipo de riesgos.

18. Se traen por testigos a personas con las cuales no se ha tenido suficiente contacto (preparación) previa. Un prurito de moralidad se ha encargado de impactar negativamente las condiciones éticas de preparación de las defensas, y las acusaciones por su parte, de suerte que se tiende a observar miramientos con el hecho de que el abogado se aproxime a sus testigos con anterioridad al juicio.

Para quien no conozca las prácticas judiciales del campo jurídico colombiano, esto puede parecerle completamente descabellado, puesto que convocar una persona al proceso en calidad de testigo cuando se ignora lo que está interesado en manifestar es un azar que ningún litigante serio está llamado a asumir. Sin embargo, este miramiento se explica porque en el espacio judicial colombiano se ha venido entendiendo que “preparar un testigo” es instruirlo acerca de lo que el abogado necesita que diga, preferiblemente aquello que no es verdad.

Sin embargo, tal actitud, indudablemente deleznable y rayana en el umbral de los delitos contra la administración de justicia, no puede generalizarse hasta imposibilitar una necesidad sentida de cualquier actuación judicial de parte. En efecto, si el abogado está llamado a construir la que en su sentir es la verdad llamada a imponerse como judicial, indudablemente tiene que saber la forma de consolidarla, y esto demanda acreditarlo probatoriamente. Siendo así, el abogado precisa conocer el contenido de los medios que traerá al juicio para erigir en prueba los hechos y argumentos que sustentan su teoría del caso. Cómo entonces puede condicionárselo a que no prepare al testigo, entendiendo por ello escuchar su versión, verificar su verosimilitud, establecer su concatenación con otros medios de prueba, confrontarlos a los de su contraparte, y cuestionarlo acerca de los temas que resulten de dudosa credibilidad o vulnerabilidad aprovechable por su opositor procesal.

Si se repara nuevamente en el compromiso de los abogados que postulan como partes procesales, en el sentido de construir la verdad judicial, fácilmente

se concluye que es completamente insensato pretender erigir en prueba un testimonio de una persona respecto de quien no se ha verificado la suficiente y profesional aproximación preliminar.

19. El abandono del testigo durante los interrogatorios. Muy próxima a la anterior, esta deficiencia muestra que así como el testigo no es preparado, tampoco se constituyen condiciones procesales apropiadas para interrogarlo mediante el uso de ayudas que apoyen la exposición.

En efecto, cuando se interroga a personas dentro de casos con ciertas características, a personas de ciertas condiciones, o respecto de situaciones especiales, nada obsta contribuir a mejorar la calidad expresiva de su exposición mediante el empleo, por ejemplo, de planos, cuando de lugares se trata, o de memorias gráficas, o ilustraciones, incluso de aclaraciones mediante lenguaje kinético, cuando ello contribuye a consolidar el contenido semántico de la versión. Es una forma de proteger al testigo, puesto que por esta vía se lo salva de sufrir contrainterrogatorios más exigentes, cuando no los evita, así como los redirectos.

Al cabo, esta resulta ser una forma de abandono del testigo, por cuanto el abogado lo deja a su suerte, sin reparar que puede ser contrarrestado cuando su exposición no es precisa, no por falsa sino por ser de difícil transmisión los datos que conoce, o porque sus condiciones de percepción o memoria aconsejan apoyarlo, y en general cualquier otra condición que recomiende al abogado la adopción de medidas de optimización del testimonio.

20. No se verifican previamente los aspectos objetivos expuestos por el testigo. Naturalmente, el proceso de preparación del testigo tiene por cometido proveer a la persona que comparecerá al juicio oral a exponer una versión conveniente a la teoría del caso de quien lo propuso. Pero por otro lado, conviene a la teoría del caso y a la sustentación misma que deberá hacer el abogado durante su alegación final, y desde luego a la práctica misma del testimonio, en cuanto la información objetiva proveída por el testigo debe ser corroborada por el investigador, a fin de comprobar la certeza de las afirmaciones. Desde este punto de vista, es preciso que el abogado, preferiblemente a través de su investigador, concurra a los lugares señalados por su testigo durante la preparación, verifique las condiciones

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

físicas descritas, los objetos señalados, así como cualquier otro dato susceptible de comprobación objetiva.

Sin embargo, la tendencia manifiesta es que en tanto los abogados no preparan a sus testigos, tan menos verifican la información que proveen, dando por resultado la existencia de vacíos significativos durante las exposiciones de sus testigos, que indudablemente son capitalizadas por la contraparte. En estas condiciones las posibilidades de reivindicación durante el alegato final son remotas, cuando no imposibles.

21. Durante el desarrollo de los interrogatorios no se construyen argumentos integrados. La constitución de la realidad judicial es indudablemente institucional, porque el proceso es en sí y por sí una institución social conformada para crear verdades judiciales, en desarrollo y extensión de la red de instituciones sociales que conforman la realidad social. Como toda institución, la verdad judicial se basa y se sustenta en la creencia social de ser lo que quiere ser; es autorreferencial, en cuanto se produce en el acto de pronunciarla, por ello hemos sostenido en otros lugares que la justicia no se descubre, sino que se expresa. De la misma forma, es constitutiva de estatus, por cuanto produce una serie de categorías socialmente significativas, como la de condenado, culpable, delito, responsable, inocente, absuelto, etcétera.

Y como cualquier otra institución se soporta en su manifestación conciente, a partir de lo que ha sido denominado “hechos brutos”, es decir, sucesos que impactan el nivel antepredicativo de la conciencia, o como lo dirían los filósofos del lenguaje y algunos sociólogos, hechos sin significación social compartida. Significando que es preciso sustentar la institución señalada en hechos brutos. Dado ese predominio lógico sobre los hechos institucionales, conforme lo menciona Searle¹¹⁵, es necesario rescatar los hechos brutos para el proceso, y eso se logra a través de los medios de convicción.

Si la manera de representar en el proceso los hechos brutos son las pruebas, y con base en ellas se construye la verdad judicial, la producción de esa verdad atiende las reglas lógicas de su constitución. Por consiguiente, no se trata de traer pruebas porque eso es lo que debe hacer un buen abogado, sino de construir desde

.....
115 Searle, John. Ob. Cit. Página 52.

ellas una versión atendible, esto es, digna de aceptarse como verdad probable y llamada a institucionalizarse a través del proceso.

Por consiguiente, mediante las pruebas deben construirse significados lógicos de los hechos, esto es, epistémicamente suficientes para ser aceptados como verdad. Siendo así, los interrogatorios deben permitir la constitución de historias, en términos de suficiencia y lógica argumentativa.

Pese a lo anterior se ha advertido que los abogados se preocupan más por hacer preguntas, cualesquiera que sean, antes que procurar esa construcción mediante un interrogatorio construido para extraer del testigo una versión deseada previamente, pensada anticipadamente y que constituya elemento apropiado a la teoría del caso, nada ilustrativa de un propósito.

22. Se formulan las objeciones cuando el testigo ya ha respondido. Otra deficiencia manifiesta en las técnicas de juicio oral es que se tiende a objetar de una forma completamente antitécnica, por ejemplo, haciéndolo cuando el testigo ya ha contestado a la pregunta que busca neutralizarse mediante la objeción.

El juego judicial previsto para el espacio que es el proceso penal connota una competición en que los adversarios procuran ganar el uno al otro la meta del proceso. Significando con ello que cada uno busca encumbrar como verdad judicial su propia versión, lo cual compone a su vez que buscan impedirselo al otro, pues la adversariedad del proceso lo informa de un elemento esencial del juego judicial, dentro del cual las partes buscan neutralizar, mediante el ejercicio apropiado de las reglas de juego, la pretensión que acaba de describirse en su simbología básica.

Existen reglas dentro del juego que facultan a las partes alcanzar ese cometido mediante la neutralización de los recursos del otro. Y una de esas reglas es la objeción, pero, sin embargo, carece de todo sentido su práctica si se utiliza cuando la contraparte ya alcanzó su propósito, que en el caso de los interrogatorios, contrainterrogatorios, redirectos y recontrainterrogatorios consiste en que el testigo conteste. ¿A qué plantear una objeción cuando el testigo ya se manifestó? Obviamente, la objeción pretende impedir técnica y regularmente que el testigo dé respuesta, o que durante las alegaciones se extravíe del proceso la construcción del discurso hasta hacerlo incorresponder con la realidad procesal.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

23. Creer que al contrainterrogar debe atropellar al testigo. Otra práctica detectada consiste en que el abogado cree que la mejor forma de contrainterrogar o plantear un recontrainterrogatorio es literalmente “aplastando” al testigo o al perito de la contraparte, a cualquier costo.

Como se acaba de exponer, el juego judicial formula reglas de neutralización de los recursos del otro para que se apliquen ajustados a las disposiciones que regulan la materia y conforme a técnicas preestablecidas. Mediante contrainterrogatorios inteligentes, planeados y apropiados a la teoría del caso construida, puede procurarse el objetivo de hacerle perder credibilidad, o crear dudas serias sobre su capacidad de persuasión. Desde luego, puede haber testigos tan bien preparados e idóneos a la acreditación fáctica de la teoría del caso que se quiere respaldar con ellos, que difícilmente será probable desvirtuarlos, pero el no ser esa la situación predominante, y un buen desarrollo de las destrezas y habilidades apropiadas, facultan cuestionar un testigo mediante un contrainterrogatorio idóneo.

Con esto quiere significarse que resulta demasiado prosaico pretender acabar con un testigo arrollándolo con preguntas plateadas en tono altisonante, o intimidándolo por medio de cualquier otra arbitrariedad, que seguramente un juez conocedor y una contraparte bien formada impedirán legalmente.

24. Subjetivación epistemológica. La referencia a los hechos institucionales y a partir de estos a los hechos brutos nos informan acerca de los elementos que en relación de inmanencia se asocian con las pruebas para constituir la verdad judicial. Nada de lo cual conlleva que resulten subjetivos o los juicios inconsistentes, si bien acostumbrados como estamos a pretender “descubrir” una verdad de corte aristotélico en la decisión judicial, como *summum* del proceso, tendemos a señalar de subjetivo o arbitrario cualquier conclusión que no consulte la guía helénica señalada.

Es de advertir, conforme ya hemos hecho alguna mención, que lo subjetivo epistemológico no debe confundirse con lo subjetivo ontológico. El primero depende de la voluntad de alguna persona, mientras que el segundo consulta lo que es predicado de una persona, por manera que lo subjetivo epistemológico bien puede resultar objetivo ontológicamente hablando y lo contrario también es probable.

Formular preguntas cuyo valor de verdad se condicione a la voluntad de quien se encuentra atestando resulta del todo improcedente en la medida en

que el juicio y, subsiguientemente la sentencia, no pueden depender epistemológicamente de los testigos ni de cualquier otro interviniente; en cambio, sí antológicamente porque sin ellos difícilmente podrá construirse la sentencia, empero, de lo que piensen o crean no puede depender el juicio, ni mucho menos la sentencia.

Pese a lo anterior, los abogados formulan preguntas indistintas, es decir, sin estimar si genera información objetiva o subjetiva, epistemológica u ontológicamente consideradas. Por ejemplo, en una audiencia se formuló como pregunta “¿Cómo le parece el comportamiento de la madre?” a la arrendadora que concurría como testigo, en un caso donde la arrendataria era la madre de una niña, procesada junto con su compañero, por las agresiones físicas y sexuales sufridas por esta. Naturalmente la pregunta fue objetada, dada su manifiesta impertinencia, en cuanto podría contaminar el juicio del juzgador a favor o en contra de la procesada. Lo advertido es que muchas preguntas de este tenor fueron formuladas durante las distintas audiencias por abogados particulares.

25. Interrogatorios atemáticos. Durante los interrogatorios, particularmente los aplicados en los pocos eventos que los abogados dispusieron del acompañamiento de investigadores, tendieron a desarrollar interrogatorios como formatos aleatorios. Es decir, no se construyen por capítulos que inician y agotan cada tema en particular, sino que formularon las preguntas conforme se les fue ocurriendo, haciendo perder sentido temático a las preguntas, frecuentemente formateadas.

Desde luego no es un desafuero construir un cuestionario durante la exposición, pero, sin embargo, no concebirlo conforme a temas concretos dentro de los cuales se conciben y formulan las preguntas, conlleva desordenarlo y perder la posibilidad de llevar la persuasión conforme a las reglas lógicas, particularmente la de coherencia.

Por otra parte, tratándose de interrogatorios a investigadores y peritos, es necesario preconcebirlos junto con la persona que comparecerá al juicio, de suerte que se producen por consenso, pudiendo así potenciar la coadyuvancia de los investigadores y los peritos.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Deficiencias concretadas como factor de disfuncionalidad

El estudio precedente constituye la herramienta mediante la cual se ilustra acerca de las deficiencias constatadas durante las aproximaciones al espacio judicial, con base en las cuales se capturó la información que arrojó los datos exponenciales obtenidos.

Como ha podido apreciarse, el cuadro diagnóstico es muy complejo en cuanto refiere múltiples situaciones de disfuncionalidad concretas, que evidencian factores de legalidad, incorporación, autenticación, acreditación y práctica de la prueba. Al articular los resultados con la verificación presentada en cifras porcentuales, permiten concluir los aspectos generales donde los abogados registran mayores deficiencias.

1. Ausencia de actividad investigativa.
 - a. Falta total de capacitación en la materia;
 - b. Incomprensión acerca del investigador como actor indispensable;
 - c. Desconocimiento del sentido del investigador;
 - d. Desconocimiento del comportamiento instrumental y manejo del investigador.

2. Falta de preparación de los testigos.
 - a. Distanciamiento cultural de la reconcepción del testigo;
 - b. Desconocimiento de la versión global del testigo;
 - c. Ausencia de verificación de la versión del testigo;
 - d. Desconocimiento del sentido instrumental del testigo en función de la teoría del caso;
 - e. Desarticulación de los múltiples testigos y de estos con los restantes medios de convicción.

3. Desconocimiento del proceso de incorporación en general, manifiesto particularmente en:
 - a. Incorporación de documentos;
 - b. Incorporación de evidencia física y elementos materiales probatorios;
 - c. Técnicas de incorporación mediante un investigador testigo y evidencia;
 - d. Mecanismos de incorporación mediante peritos y expertos testificantes.

4. Desconocimiento general del manejo técnico en función del tipo de medio probatorio.
5. Desintegración de la teoría del caso del cuerpo probatorio presentado.
 - a. Desarticulación de la cadena probatoria;
 - b. Inconsistencias temáticas;
 - c. Inexistencia de métodos de constitución de bases probatorias.
6. Desconocimiento de las técnicas de entrevista.
 - a. Desconocimiento instrumental de la entrevista como medio de recolección de información;
 - b. Desconocimiento instrumental de la entrevista como medio de impugnación.
 - c. Desconocimiento de las bases psicológicas de la percepción;
 - d. Desconocimiento de las bases psicológicas de la personalidad.
7. Desconocimiento de las labores de investigación de campo y verificación de la escena del delito.
8. Desconocimiento de las técnicas de configuración temática de un interrogatorio.
9. Desconocimiento del manejo de la prueba en el escenario de las audiencias.
10. Ausencia de manejo de prueba ilustrativa.
11. Acumulación diacrónica de preguntas.
 - a. Falta de sentido temático en el interrogatorio;
 - b. Desconocimiento instrumental del contrainterrogatorio.
12. Desconocimiento de las posibilidades reales de exhibición durante las audiencias.
 - a. Falta de apoyo en medios técnicos para la presentación.
13. Desconocimiento general acerca de los medios de identificación de las pruebas.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

14. Desconocimiento particular de la utilización de información no considerada como prueba durante el juicio.
15. Desconocimiento general acerca del régimen de la prueba sobreviviente.
16. Desconocimiento particular de los métodos de acceso a prueba originada en el exterior.

Acerca de las conclusiones a partir de las entrevistas

Con el propósito de establecer científicamente si el cuadro diagnóstico puede corroborarse por otras vías investigativas, se acudió a las entrevistas en profundidad a expertos conocedores del espacio judicial colombiano, particularmente de las actuaciones de los abogados particulares. A tal finalidad, se accedió a cuatro expertos: un investigador, un fiscal, un juez, el coordinador de las unidades especiales de apoyo de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo y un abogado que se desempeña como defensor público y defensor privado.

Ciertamente, en el acontecer de las indagaciones sociojurídicas, las entrevistas en profundidad constituyen una muy significativa técnica de verificación de la información a partir de la cual se construyen conclusiones, o bien permite completar o consolidar información obtenida por otras vías.

En este caso en particular, ha permitido consolidar la información derivada de tres fuentes importantes como son la reconstrucción histórica, la comparación crítica de textos legales y la observación *in situ*. Posteriormente será completada a través de otra técnica consistente en las encuestas a todos los actores judiciales institucionalmente reconocidos.

Quienes han accedido a conceder las entrevistas fueron seleccionados como personas que, ejerciendo roles procesales de juez, fiscal, defensor e investigador, los hemos considerados actores excepcionalmente calificados. Todos ellos no solo se encuentran considerados como profesionales altamente calificados, sino que además han desarrollado de forma permanente actividades de capacitación a sus homólogos, desde la implementación misma del enjuiciamiento acusatorio y adversarial en Colombia, amén de su experiencia y compromiso humano y profesional en esta aventura que ha sido el nuevo enjuiciamiento criminal. Además,

vienen produciendo material bibliográfico importante, que se ha venido constituyendo en guía de aprendizaje.

Con estas características, las personas seleccionadas para las entrevistas del limitado grupo de personas altamente calificadas en el juego judicial del espacio conformado por la Ley 906 de 2004 son el juez Jairo Acosta Aristizábal, el fiscal Darío Garzón, el coordinador de los Oficinas Especiales de Apoyo de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo Juan Carlos Arias Duque, el Defensor e Instructor de la Defensoría Pública, David Albarracín y a quien tras un tanteo realizado entre defensores públicos es considerado el más calificado investigador, Fredy Alberto Garzón.

El Dr. **Jairo Acosta Aristizábal**, juez especializado de Bogotá, iniciado en sus funciones desde 1993, catedrático de derecho penal, formador en proceso acusatorio, además de candidato a doctor en sociología jurídica, señaló que el manejo de la prueba en el modelo napoleónico de enjuiciamiento criminal resulta diametralmente distinto al que reclama el modelo de la Ley 906 de 2004,

porque ese principio de conservación de la prueba que permitía que la prueba obtenida por el investigador trascendiera hasta la etapa del juicio, en donde los filtros de legalidad en las audiencias posteriores a los traslados del artículo 400 eran bastante precarias y en donde el juez tenía un índice de maniobras reducidas, permitía el acceso de un sinnúmero, no de pruebas, sino que muchas veces las decisiones se tomaran con fundamento en elementos de conocimiento, sin el suficiente tratamiento de su originalidad, su autenticidad e incluso su vocación. Considero que el cambio es trascendente, es decir, lo anterior permitía que el juez no actuara con imparcialidad. Si lo vemos desde el punto de vista de la depuración de la prueba la Ley 906, lo hace muchísimo mejor en la medida en que, en la primera fase, aquellos medios de conocimiento que son llevados al juez de control de garantías, pero luego a ese universo que se quiere hacer valer con principio de intermediación ante el juez de la causa de una manera inmediata, conjunta, pues se presenta a él mismo.

Ahora en la teoría el sistema ofrece ventajas y beneficios, pero en la práctica por supuesto todo está por hacerse.

Consideró que aún se continúa utilizando la Ley 600 en materia probatoria, con el criterio propio de la Ley 600 según el cual el fiscal parte de la base de que todo lo que tiene para su investigación es útil y suficiente para el juicio y a su turno la defensa sigue siendo pasiva.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Respecto de la actividad de la defensa, consideró que su actividad debe basarse en la impugnación, en la contradicción de la prueba que le trae la Fiscalía, en el conocimiento de la misma y poder depurarla a través de los mecanismos correspondientes; no limitándose a ello sino mediante la búsqueda de sus propias pruebas, tal y como lo reclama la prueba de refutación. “Sin embargo, se ha confundido una cosa con otra: una cosa es no llevar pruebas para corroborar una propia teoría y otra cosa es buscar pruebas para dejar sin piso la validez y la credibilidad de las pruebas de la contraparte”.

Con respecto a las necesidades de formación de un abogado capacitado para intervenir en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004, señaló que

Lo mejor es conjugar de una manera equilibrada la teoría y la práctica, cuando se refiere a la teoría, se está aludiendo no solo a los principios doctrinales, sino a las principales líneas jurisprudenciales y por supuesto un buen aporte del derecho comparado, sin las pasantías de los estudiantes, en cada uno de los escenarios en los cuales se van a poder desenvolver como litigantes, el ámbito de la investigación, de la fiscalía, en el ámbito de la defensa pública, de las cárceles de las penitenciarias, en los juzgados en los tribunales, en unos casos sin el conocimiento próximo de cuáles son los puntos de vista, definitivamente no va a tener el universo que necesita para poder iniciar por lo menos con unas buenas bases. Lo que es más importante de esto, no es el producto de un conocimiento aislado, sino que haga parte de una formación modulada, de modo que los principios se visualicen, las sentencias se verifiquen en el paso por cada uno de estos escenarios.

Frente a las deficiencias existentes señaló que

El problema puede ser de currículos, pero también puede ser materia de contenidos, en materia de derecho probatorio las universidades manejan teoría general del proceso, teoría general de la prueba, algunos manejan probatorio I, probatorio II, pruebas penales. Ese manejo que se le da con el derecho penal a la prueba tendrá que terminar dándosele a todos, cambiando criterios de valoración o de pronto las teorías aplicables al caso en cuanto a la carga, que no son consideradas como nuevas, porque no son innovadoras de esta exigencia, que en este momento se hace sobre el conocimiento del estudiante acerca de los medios de convicción.

Agregó que el manejo, el cuidado, el respeto deben ser mayores en el pregrado, porque no debe ser materia de especialización es materia de ciencia, porque el estudiante debe salir con un mínimo teórico para poder defender la estructura de la pretensión, por ejemplo las diferentes estructuras del delito.

Acerca de las falencias detectadas durante su actividad judicial, si bien advierte que son bastantes y que pueden haber quedado algunas fuera del alcance de su memoria, señaló:

En la audiencia de acusación, cuando se manda de la fiscalía un descubrimiento, pero sobre todo de quien tiene en este momento la pretensión, verifica que algunos defensores pecan por exceso, por efecto, se han visto defensores que no han tenido ningún tipo de inquietud frente al descubrimiento, dejando perder un tesoro en el descubrimiento, porque no lo han pedido a pesar de que se les pone de presente la oportunidad, no haciendo uso del derecho, porque es evidente que no conocen la prueba.

La percepción no es que se haya hecho por ignorancia, por otro lado en cambio, en cuanto al exceso, porque no tienen conocimiento de la etapas probatorias, entonces insisten para incorporar de alguna manera, allegar medios de convicción, es decir, no tienen conocimiento del momento de la etapa probatoria.

Con el nuevo sistema, se ha visto pocas veces, especialmente los abogados de la defensa pública que van acompañados de investigadores, la diferencia es crucial, el abogado que está apoyado en una investigación técnica es un abogado muy seguro porque las partes no siempre se preparan para asumir un juicio, y el simple hecho de llevar un investigador quiere decir que realizó un mínimo de estudio con referencia al caso y que lo manejan.

Refiriéndose al monopolio del conocimiento observó que

Un fiscal debe tener conocimiento de cuáles son sus ciencias auxiliares y sus roles, pero los investigadores cada vez tienen mayor conocimiento, mayor claridad; lo que antes eran artes y ciencias tienden a convertirse en disciplinas. Hay investigadores que se forman únicamente en lo suyo y de pronto eso no necesita el fiscal, el defensor. Las preguntas estaban dirigidas a la defensa y a la fiscalía, hay las mismas debilidades y las mismas fortalezas y por lo tanto el juez debe tener una posición que no impida la imparcialidad y no ser un profesor en el juicio o guía de parte.

El Dr. **Darío Garzón**, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, docente de derecho penal, formador en proceso penal acusatorio y corredactor de la Ley 906 de 2004, recordó que

Definitivamente la comisión que elaboró el proyecto del código era consciente de que el nuevo sistema iba a girar alrededor de una nueva forma de ver las pruebas y que eso necesitaba una actualización de programas a nivel de universidades, le-

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

galización de centros de criminalística que abundan en estos días, y que funcionan como clandestinos. Ahora, ya aterrizando en el tema de pruebas, hay que manifestar lo siguiente: el tema de investigación y de pruebas, de investigación a nivel de fiscalía y de pruebas en la etapa del juicio fue un tema para el cual el Fiscal General de la Nación de entonces designó al vicesfiscal Gustavo Morales Marín, quien trabajó con el Dr. Alfonso Ortiz Rodríguez, que era asesor del despacho del fiscal y con el Dr. Jesús Ignacio García, representante de la Cámara y que actuaba en representación del Congreso. Desafortunadamente, cuando se presentó el proyecto de cómo se desarrolla el proyecto de la investigación que le corresponde a la fiscalía y cómo se desarrolla la etapa del juicio ante el juez, el mensaje que mandó el Sr. Vicesfiscal General de la Nación era que ese articulado estaba organizado, que la recomendación que mandaba era que no se hicieran correcciones parciales a las normas, porque se consideraba que las modificaciones que se introdujera podrían tener consecuencias en otras normas, entonces que lo conveniente era hacer un análisis global y no un análisis parcial de cada una de las normas, de tal forma que se puede decir que tanto en el tema de investigación como en el tema de desarrollo de la audiencia oral, si se revisan las actas, esos dos temas principalmente no fueron discutidos, por la oposición a las modificaciones individuales.

Agregó que

El código es consecuencia de una reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002 y en los artículos 4 y 5 establecía unos términos que el mismo constituyente había fijado, dentro de los cuales el proyecto tenía que ser entregado al Congreso, valorado por este mismo, y aprobado; el código ya materializado debía empezar a legislar. A la Comisión le dieron 6 meses para el proyecto, que partiría de que había un acto legislativo y una constitución nacional que definitivamente el nuevo sistema no había referencias nacionales y todo partió de cero y a partir de cero. La Comisión tenía 6 meses para un código de procedimiento penal, un sistema completamente nuevo y después, cuando las leyes son discutidas en el Congreso por 2 años, aquí este término se reducía a un año. Y otra circunstancia: cuando se aprobó el código de procedimiento penal del Dr. Alfonso Gómez Méndez, que es un código que si se compara con el Decreto 2700 se puede llegar perfectamente a la conclusión de que trae 10, máximo 15 artículos diferentes, y sin embargo aprobado y expedido, la Ley 600, que era prácticamente el Decreto 2700, solamente entraría a regir 1 año después, este que era una modificación total y absoluta, el tiempo que se le dio para asimilar, a fin de que comenzara a funcionar, era solo de 6 meses, lo cual era un absurdo.

Lo trascendental es el manejo de pruebas, que es el epicentro del sistema procesal viejo, que quien hacía la prueba era el fiscal, y quien valoraba en últimas era el juez,

había el principio de permanencia; en el nuevo sistema lo máximo que hace el fiscal es recoger elementos materiales probatorios por medio de la policía judicial, información que se materializa en la etapa del juicio.

Refiriéndose a los integrantes de la Comisión Redactora y a su conocimiento acerca del llamado sistema acusatorio, agregó que

Definitivamente, las personas que más podían conocer del sistema eran quienes habían estado estudiando, trabajando el sistema fuera de Colombia. Quien más idea tenía era Jaime Granados; con su grupo de colaboradores, Julio Andrés Sanpedro y Juan David Riveros, elaboraron un proyecto que le iba poniendo a disposición de la Comisión; se pensaría que si se hace una comparación del proyecto que presentó la Comisión Excelencia en la Justicia por intermedio de Jaime y lo que salió finalmente, se podría decir que en el 60% o 70% de lo que ellos presentaron fue acogido. Pero hay que hacer otra observación: en su momento hace 20 años manifestó Jaime Bernal Cuéllar, cuando se estaba discutiendo el primer intento de implantar el sistema acusatorio en Colombia en 1979, que por cierto la Corte Suprema de Justicia tumbó por inconstitucional, que el sistema acusatorio en la metodología para elaborar un código que desarrollara un sistema con alguna tendencia acusatoria tenía que ser diferente al que tradicionalmente se había realizado para las reformas de los códigos de procedimiento penal. Eso se refleja en la estructura en cuanto a principios y acción penal, acción civil, fuera del problema de jurisdicción y conexidad; después viene el problema de los intervinientes; posteriormente el tema de la actuación procesal en términos referidos a providencias, notificaciones, recursos. En otros códigos, allí mismo se establecían las nulidades, y después venía el desarrollo de la estructura del proceso como tal, la etapa de la investigación previa, etapa de investigación como tal, la etapa intermedia de clasificación y la etapa del juicio. Esa es la estructura que siempre se había utilizado para los códigos que reflejaban sistemas con tendencias inquisitivas.

Desafortunadamente, esa fue la misma metodología que se utilizó para conformar un código que reflejaba una sistema procesal con alta tendencia acusatoria. Comparando estructuralmente un código con el otro, no hay ninguna diferencia. Lo más lógico hubiese sido empezar con el desarrollo de la audiencia pública y después las otras cosas, pero no se hizo.

Acerca del estado del arte acerca del manejo de la prueba consideró:

En principio, la posición sería que lo que tradicionalmente se hace. Es que aquí no importa si uno se va a encargar del penal, civil, o laboral, el manejo de pruebas, por lo menos en la universidad Santo Tomás, se lo dan de igual forma para todas esas personas, para efectos de capacitar a las nuevas generaciones en el manejo de prueba en

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

el nuevo sistema procesal penal, si tiene que ser personas que conozcan del manejo exclusivo de la evidencia en la etapa de investigación, como de la prueba en la etapa de juicio en la etapa procesal.

Hoy, la técnica de investigación y la técnica de manejo de evidencias en la etapa de juicio requieren de personas que efectivamente conozcan de esos temas específicos en el sistema penal.

Uno de los problemas grandes que tiene la investigación y el juzgamiento es la observancia del manejo de las etapas del proceso y no hay concentración del manejo de la evidencia y su convertimiento en pruebas. Por ejemplo, si se compra un libro en Colombia de pruebas, desafortunadamente son de personas que han editado ese mismo libro de años anteriores y no hay un cambio de mentalidad en los autores; así no se encuentra el tema de estipulaciones probatorias.

La Corte Suprema ha venido aterrizando el sistema en materias de las que no había claridad. Por ejemplo, las consecuencias de las entrevistas, interrogatorios en la etapa de la investigación y el valor frente a lo que se produzca en la etapa del juicio.

Hay otros temas en los cuales la Corte no se ha pronunciado y los doctrinantes tampoco lo han hecho.

En punto a quién debe encargarse del manejo de la prueba y por consiguiente acceder al conocimiento ahí comprometido, orientó en el sentido de que

Teniendo en cuenta que la investigación es una etapa del proceso en la que de común acuerdo se debe desarrollar con intervención tanto de investigadores como de fiscal y que en ese sentido son más abiertos y menos cuadrículados los investigadores, en principio considero que no es problema, antes por el contrario sería una gran ventaja el hecho de que los investigadores sean quienes les recaudan las evidencias al fiscal y que prácticamente sobre la espalda de ellos caiga la circunstancia de que una investigación vaya por buen o por mal camino.

Acerca del escenario universitario de formación profesional estimó que

Como se estaban manejando las pruebas en el sistema anterior, en el pregrado se daba la cátedra y en el postgrado, pruebas en materia penal. Si lo que se aspira es que los abogados sean especializados y vinculados a colegios, se creería que lo que se debe es profundizar en unas materias que siempre fueron vistas como costuras, como por ejemplo criminalística. En ese orden de ideas, balística, manejo de la escena del delito, dactiloscopia, manejo de evidencias: esas materias deben hacerse

en el pregrado; sin embargo, en el postgrado esas materias se deberían profundizar hasta donde más se pueda.

En cuanto a las deficiencias observadas:

Hoy, tres años y medio después de haber comenzado el sistema, el problema más grave en el tema de pruebas es que nosotros creemos que el sistema gira es alrededor de oralidad, y aunque es cierto, también gira en el manejo de pruebas completamente diferente al anterior, donde el fiscal maneja la prueba; en el nuevo sistema el fiscal ya no practica pruebas. El fiscal lo único que hace es conservar las evidencias, para que cuando llegue la etapa del juicio se puedan materializar esas evidencias en pruebas, y aquí es donde hay los más graves problemas de cómo enfrentar las evidencias que tiene el fiscal.

En cuanto a la preparación de testigos, no quiere decir que el abogado deba decirle los fundamentos del hecho porque eso solo lo sabe el testigo, pero sí al menos lo mínimo que debe saber, por ejemplo: a qué se va a enfrentar, a una audiencia pública en la que va a haber un juez en determinado sitio, un fiscal, qué le va a hacer la contraparte luego de que la parte que haya terminado de interrogar y que va a ser contrainterrogado.

El investigador **Fredy Alberto Garzón** es tecnólogo profesional de investigación criminal, técnico en investigación judicial y criminalística, con un entrenamiento de 1360 horas, investigador para la defensa del sistema penal acusatorio para el Sistema Nacional de Defensoría Pública y también en la defensa de casos particulares y de la policía, la fiscalía, la marina y de la fuerza aérea, en los casos de justicia penal ordinaria y justicia penal militar. También se desempeña como instructor del manejo del lugar de los hechos para suboficiales de la fiscalía. Cuenta con más de 18 audiencias de juicio oral, como investigador para la defensa con diferentes juzgados. Es fotógrafo profesional, miembro de la asociación de cronistas, Comisión Nacional de Camarógrafos Profesionales, instructor de fotografía judicial, con 100 misiones de trabajo como investigador para la defensa.

A este investigador no le parece suficiente la formación de los abogados al momento de dar inicio a las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales, empezando por la incorporación y adquisición de la prueba por el desconocimiento que tiene el investigador de la defensa para la adquisición de la prueba. En cuanto a las entidades privadas, como es la obtención a través de medios de comunicación, era muy complicado; no había facilidad de obtención por desconocimiento. Para los defensores particulares quizás fue más difícil. Por

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

el manejo del investigador, era complicado porque deberían actuar en equipo tanto el defensor como el investigador.

De acuerdo con la observación que le prodigó su experiencia,

Con los casos particulares, en los cuales el defensor de confianza también tenía el cargo de defensor público, el manejo de prueba era mucho más adecuado, la preparación de la defensa para la incorporación de la prueba, el manejo de la prueba en la audiencia de juicio oral, el tratamiento del investigador como testigo, era mucho más fácil, se entendía más cómo era la dinámica, todos aprendiendo del manejo del sistema, mientras que con el defensor sin experiencia y formación como defensor público se debía hacerle entender la dinámica, por ejemplo de las pruebas, la preparación de testigos, la incorporación y, en cuanto a la adquisición del elemento materia probatoria, cómo se debía hacer, desde las entrevistas para obtenerlo dentro de una cárcel hasta su procedimiento para llevarlas a cabo.

A este periodo del 2007, es un procedimiento de compartir, de enseñanza para los defensores de confianza porque no hay claridad en los conceptos.

Acerca de los cambios evidenciados desde el inicio de la implementación del sistema, advierte que ha habido diferencias:

Ya los jueces empiezan a ver el buen trabajo que hace el defensor y el investigador de la defensa, ya empiezan a reconocer el trabajo, porque hay un conocimiento mucho más amplio, es mucho más respetado y mucho más con el defensor de confianza, se ha integrado mucho más a las personas que capacitaban de manera especializada, se ha tenido en cuenta por las partes en todas las audiencias la posibilidad de presentar medios de convicción elemento material probatorio para determinar todo tipo de resultado dentro de una audiencia y no solamente en el juicio oral, ya se entiende que la defensa puede llevar sus medios de convicción para una libertad o una domiciliaria, en un incidente de reparación, y que el manejo de recolección es un manejo importante del investigador

Se ha tenido muy en cuenta el reconocimiento de unos medios técnicos. Al principio era deficiente por parte del centro de servicios, la solicitud de los medios se olvidaba por parte de los defensores, para que en su debido momento estuvieran a disposición.

Actualmente hay más previsión y todos los equipos se llevan puntualmente, y se conoce el manejo.

También advirtió acerca de una modificación en al formación de los abogados:

Hay una diferencia a nivel de capacitación: los defensores de confianza se han dado cuenta de que es necesario capacitarse para aprender la dinámica de la técnica. Hoy en día saben que necesitan profesionalizarse en eso. A comparación de cómo era en el 2005, se ha avanzado mucho, porque ya los defensores se preocupan por conocer la técnica para un buen desempeño en su trabajo. En audiencias de juicio oral al principio el resultado era por falta de preparación, del manejo de la técnica por parte del defensor. La falta de preparación al principio hacía que el fallo fuera de tipo condenatorio. Hoy en día el manejo es mejor, aunque faltan algunas cosas: por ejemplo, que los defensores de confianza encuentren un espacio donde puedan retroalimentar con otros defensores los casos.

La capacitación hoy en día ha aumentado impresionantemente. Los defensores más jóvenes están más integrados en el nuevo sistema. Con el tiempo se han dado cuenta la necesidad de buscar esa capacitación, aunque en el espacio de la incorporación de la prueba les hace falta estudiar un poco más.

Y se permitió explicar la expresión “técnica”, al referir

la existencia de un procedimiento, unas fases que se deben cumplir para la incorporación de un elemento material probatorio o todas las audiencias o en el mismo juicio oral, tiene una serie de elementos que tiene que presentar un orden, para ese manejo de la prueba tiene el procedimiento aparte de lo que se desee inferir a extraer o información que se desee obtener por medio del interrogatorio o contrainterrogatorio, existen unos elementos que permite incorporar la prueba, entonces eso forma parte de ese mismo procedimiento. Por eso existen una serie de etapas que no se pueden saltar porque no cumpliría el elemento la incorporación. Se debe solicitar al juez que se incorpore como evidencia al proceso, si no se solicita el juez le dice que perdió su momento para la incorporación.

El conocimiento de las fases que debe manejar el defensor es importante para que la prueba no sea excluida o sea tenida en cuenta posteriormente.

La mayor dificultad con los abogados, al principio es que entiendan que son compañeros de equipo, tanto el defensor como el investigador, y que deben compartir el caso. La necesidad ya es planteada y actualmente los defensores buscan a una persona que tenga experiencia en el manejo de la prueba.

Los abogados deben tener una idea de cuál es la teoría del caso para darle un enfoque, es decir, se debe tener un norte claro para no realizar actividades que no conducen

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

a nada; ahí está el papel del compañero de equipo. Hay que explicarles cómo es el procedimiento para recoger algún tipo de información.

El manejo del testigo investigador, y su orden, en el momento de la habilidad para hacer el interrogatorio, se debe hacer de manera prefabricada, porque puede haber muchas objeciones y si se pierde el esquema se puede bloquear al momento de replantear una pregunta. En el momento de hacer un redirecto, o un contrainterrogatorio, se debe levantar al testigo en ese espacio para aclarar cualquier tipo de respuesta que haya dado.

Son muy pocos los defensores que conocen la técnica y permiten reivindicarse a los investigadores al momento del testimonio. Por ejemplo, en cuanto al manejo práctico de la prueba de un plano de las fotografías, se deben acomodar en el equipo y si es complicado para el manejo, se utilizan otros métodos como por ejemplo llevarlas impresas, es decir, utilizar unos mecanismos para facilitar las cosas.

En cuanto a las deficiencias de los investigadores, identifiqué:

La mayoría de deficiencias están en el interés de conocer cómo es el manejo de la incorporación de la prueba en el sistema, la capacitación para el mejoramiento para tomar información, por ejemplo en las entrevistas. Los investigadores deben preocuparse en las entrevistas para la obtención de la información del conocimiento de ciertos protocolos de policía judicial, para que no se retarde la obtención de la información.

También se debe buscar capacitación en cuanto a técnica de la obtención de elementos materiales probatorios y todas las técnicas de fijación del lugar de los hechos, de fijación de algún elemento material probatorio.

Además, una falencia fundamental que se ve reflejada en el trabajo del investigador es la sustentación en el juicio con toda la experiencia aplicada. Todas las actividades que se desarrollaron en la misión de trabajo, todo lo que se hace muy bien, si no las puede exponer en juicio oral, hace que el trabajo quede anulado, porque es muy importante saber exponer todo el trabajo que se llevó a cabo de manera clara, que se entienda para cualquier clase de público.

Hay algunos investigadores que no explican su trabajo de la misma forma brillante como lo llevaron a cabo.

Desde su perspectiva de investigador, las falencias de los abogados se reflejan en

El manejo del investigador testigo en la audiencia de juicio oral y todo lo que hay al interior de eso, cómo plantear la teoría del caso y cómo se comparte el trabajo con el investigador, el reporte de la información para exponer en la audiencia preparatoria, cómo se maneja el elemento material probatorio en el juicio oral.

Como muchos abogados no han tenido la experiencia de compartir un caso con un investigador, considero que ninguna universidad da la enseñanza del equipo que debe ser los investigadores y la defensa. No hay conceptos claros del equipo de trabajo.

En punto concreto a la exclusividad temática señaló:

Sobre el manejo de la prueba, obviamente para el investigador todo lo que tiene que ver con la cadena de custodia, la recolección, embalaje, porte, análisis de ese elemento material probatorio hasta llegar a juicio. El defensor debe conocerlo, pero no tan referida a la parte del manejo del elemento, pero sí tener el conocimiento para cuando deba hacerle un interrogatorio, por ejemplo a un policía judicial.

Tanto las áreas temáticas exclusivas del investigador como las de la defensa deben conocerse por ambas partes: el defensor para poder aplicar la defensa en la teoría del caso, y el investigador para, de forma inteligente, manejar en juicio oral la información que está dando en ese momento en audiencia.

El Dr. **Juan Carlos Arias Duque** es coordinador de las Oficinas Especiales de Apoyo de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo y ha sido profesor de derecho penal por más de doce años. Desde la implementación del juicio oral en Colombia viene oficiando como formador en sistema penal acusatorio y es candidato a doctor en derecho penal.

A su modo de ver los abogados colombianos no se encuentran calificados para realizar el manejo de la prueba en el enjuiciamiento acusatorio y adversarial:

Las deficiencias de los abogados colombianos está en la estructura lógica del concepto de las proposiciones, a partir de no poder identificar con precisión qué es lo que lógicamente quieren probar, la gran dificultad está en la identificación del tema de prueba en el sentido en que con mucha frecuencia se intenta probar negaciones indefinidas y afirmaciones indefinidas, que no permiten entender que ellas lógicamente son imposibles de probar.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Por otra parte, encuentra que los abogados mantienen la distancia con el concepto de desconfianza como presupuesto de comprensión paso a paso de lo que se debe probar dentro del proceso penal.

La actual situación de los abogados en torno de la administración de justicia incide en la dificultad de poder construir un concepto de verdad, conforme a las condiciones del proceso acusatorio. Eso quiere decir que la forma como intentamos construir el proceso está muy cercana a la de la vinculación de la verdad real como el de la verdad procesal, tal como se ve el sistema procesal inquisitivo.

Dentro de las causas de la situación de los abogados señaló básicamente el no estar formado para construir lógicamente pensamientos ni mucho menos su expresión, “de lo que no se puede construir surge una gran incoherencia: porque si no se puede pensar no se puede construir e identificar qué es lo que se debe probar”.

El manejo de prueba no solo debe ser materia de los investigadores sino también el trabajo de los abogados, específicamente de los abogados defensores. Quien construye la estructura lógica del proceso de verdad es definitivamente el defensor con la ayuda del investigador.

Arias formularía una modificación al programa de derecho básicamente para poder estudiar lógica formal, lógica matemática, de manera que el abogado empiece a pensar desde la lógico.

El manejo de la prueba debe ser enseñado desde el pregrado y reforzarse a nivel de postgrado; debe fundamentarse más en las necesidades. El derecho probatorio debe enseñarse de acuerdo con lo que se esté viendo, con una metodología continua y no solo de una clase que sea derecho probatorio. Porque el problema del derecho probatorio no es que sea una clase particular sino que debe ser de todas las preposiciones que se van desarrollando.

En la reconstrucción de los currículos de derecho probatorio tendría que pensarse la forma como se construye el conocimiento, que debería ser algo que parte de un sujeto observador y se dirige hacia un objeto observado, y todas las dificultades que surgen a partir de esos conceptos de lo que es el derecho probatorio, para la construcción y el inicio del mismo.

El Dr. **David Albarracín Durán** es abogado defensor público. Instructor en sistema penal acusatorio desde la implementación del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, es considerado el mejor litigante entre los abogados que desempeñan

el rol de defensor en la Oficina Especial de Apoyo de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo en Bogotá.

Consideró que evidentemente los abogados colombianos, inclusive los jueces y los fiscales, no se encuentran capacitados para el manejo de las pruebas que demanda el nuevo sistema acusatorio y adversarial. Hay muchas razones de fondo, y es que el contexto y la forma de probar cambiaron. Por consiguiente, se debería cambiar así mismo el concepto de la prueba y el de incorporación de la prueba, al menos en cuanto a la producción y aporte de las pruebas al proceso.

En segundo lugar,

el referente normativo se quedó corto: en otras partes tiene muy claras las reglas de evidencia que son formas propias de la incorporación de la prueba, tanto que nos quedamos solo con el código de procedimiento como instrumento y resulta ineficiente.

Se podría pensar que la estructura mental que se tiene, como abogados y dentro de un sistema inquisitivo, castró más la investigación de los hechos. No se entiende qué es fijar hechos; se prefieren los círculos hermenéuticos, porque somos muy buenos para argumentar el contenido de la norma, junto con las teorías dejando de lado los hechos.

En la sentencia hay una narrativa de hechos que no se conocen de fondo, sino la forma como se narran, declarándolos probables o como probables. La situación actual de la administración de justicia está en que los jueces deben argumentar con la premisa menor, esto es, frente a los hechos. No hay jueces preparados a los que les interesen los hechos para dar solución; los abogados no somos capaces de cambiar la justicia, mientras que al abogado se le tolera una visión caprichosa frente a los hechos, porque no puede estar regido sino por los hechos para dirigir la defensa. Los defensores tienen dos mandatos supremos como son: el principio de presunción de inocencia y el principio de no autoincriminación, que direccionan por encima de cualquier investigación la función como defensores.

A su modo de ver, el manejo de la prueba no es exclusivo de los investigadores, ni de la fiscalía, ni de la defensa; los investigadores son colaboradores de la teoría jurídica. Son un medio para la búsqueda y la producción de la prueba pero el manejo es exclusivo de estos mismos.

En cuanto a los sistemas curriculares de derecho, es preciso modificarlos. El estudio debe ser más profundo, y deben modificarse en cuanto a investigación técnico-científica. Desde luego, los abogados deben conocerla, deben profundizar en

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

argumentación jurídica y aprender a argumentar; debe modificarse, ciertamente, dejando de posar el énfasis en la parte procesal, debido a que está en el código.

La asignatura no debería llamarse “procesal penal”, sino “probatorio penal”; la prueba debería ser enseñada a nivel de pregrado y a nivel de postgrado.

Acerca de las conclusiones en función de las encuestas

Con la finalidad de corroborar o infirmar las conclusiones alcanzadas hasta el momento, previamente derivadas de información obtenida mediante cuatro técnicas concretas, quisimos mediante encuestas aproximarnos a los actores judiciales. Por ello se indagó acerca de la percepción de los jueces, los fiscales, los procuradores, los mismos abogados, los peritos, los investigadores de la Fiscalía y los de la Defensa Pública.

Lamentablemente, las conclusiones ya obtenidas se corroboraron en su integridad, en el sentido de que los abogados colombianos no se encuentran formados en manejo de la prueba.

Es muy importante en esta perspectiva la visión de los jueces, dado el poder que ostentan de adoptar decisiones. Su mirada resulta determinante puesto que, acertada o no, influye decididamente sobre la performance que se opera en el espacio judicial. De cualquier forma, el hecho de coincidir con la reconstrucción histórica de la Ley 906 de 2004, la comparación de textos, la observación *in situ*, las entrevistas en profundidad y, esencialmente, con las respuestas de los demás actores judiciales, permite concluir que están asistidos de un acierto muy particular en sus conclusiones.

Percepción de los jueces

El 100% de los jueces concluyó que los abogados colombianos precisan ser formados en el manejo de la prueba.

Más de la mitad consideró que el manejo de la prueba no es materia exclusiva de los investigadores.

El 91% estimó que los abogados colombianos no se encuentran preparados para manejar la prueba. Encuentran que son altamente defectuosos en el proceso de recolección (72% ponderado), aunque un poco menos, también en el de conservación. Consideran que tienen alrededor de un 45% de deficiencias en cuanto

a la incorporación, y si bien un poco menos, también señalan serias deficiencias en cuanto al proceso de autenticación.

Como uno de los más graves inconvenientes señalaron los jueces el hecho de que los abogados no se apoyan en investigadores. Adicionalmente encuentran como explicación a las deficiencias de los abogados el hecho de no entrevistarse con los testigos, pues solo en el 18% ponderado no atribuyeron que fuese una causa, mientras que el porcentaje restante encontró en ello una razón de deficiencia en el manejo de la prueba. Y un comportamiento similar se encontró respecto de la falta de preparación de los testigos.

En un rango muy alto de importancia atribuyeron las deficiencias sobre el manejo de la prueba al hecho de que los abogados llegan a las audiencias sin suficiente información acerca de la investigación.

En un porcentaje ponderado de importancia que cubre aproximadamente el 64%, estimaron como causa del deficiente manejo de la prueba el que los abogados no investigan los casos para ir a las audiencias.

Relativamente encuentran que los abogados no son preocupantemente deficientes en las audiencias preliminares y las de acusación; en cambio, es radicalmente opuesta su percepción respecto de las audiencias preparatorias y las de juicio oral. En las primeras el rango más alto de deficiencia lo ubicaron en el 9%; en cambio, en las segundas alcanzó el 63%. Los rangos intermedios de las primeras oscilaron entre el 9% y el 27%, mientras que el de las segundas fue del 9%. Esto significa que para los jueces los abogados son altamente deficientes en las audiencias preparatorias y de juicio oral, y relativamente eficientes en las preliminares y las de acusación.

A la situación descrita atribuyeron por causas, en un nivel alto, la resistencia cultural, pues no atribuyeron ningún porcentaje bajo a esta causa. Con un comportamiento similar, aunque un poco menos gravoso, encontraron como causa de esta situación la formación profesional de los abogados, siendo en todo lugar una causa importante, al igual que el escaso esfuerzo personal por actualizarse. Y levemente más alto, la comprensión tergiversada del sistema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial.

A la escasa experiencia del país en el modelo de enjuiciamiento le atribuyeron importancia, al momento de explicar los factores que explican el déficit de los abogados. De la misma forma, si bien no encontraron que la máxima deficiencia

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

obedezca a la calidad de los programas de pregrado, los señalaron como factor determinante, con mucho más relieve que la ausencia de programas de postgrado.

Respecto de los fiscales

En cuanto a las deficiencias de los abogados en consideración al rol que desempeñan en el proceso, el 45% señaló que los fiscales no fallan en el proceso de recolección, y entre el rango de deficiencias los ubicaron en el punto más bajo en el 18% y en el más alto en el 9%.

En cuanto a la conservación, el 45% no encontró que fuesen deficientes. Apenas señalaron dentro del rango de fallas el 36% en el punto más bajo, significando que en este aspecto tampoco encuentran fallas graves.

Si bien a la incorporación le atribuyeron levemente más deficiencias, la mayoría encontró que tampoco resultan seriamente defectuosos.

En el punto más alto de fallas respecto de la autenticación señalaron el 9%, pero así mismo en el 36% no hallaron deficiencias al respecto. De todas formas, teniendo en cuenta que en el punto más bajo identificaron en el 18% falencias al respecto, este es un aspecto en que comparativamente registran algunas deficiencias.

En cuanto a la falta de investigadores, en el 36% no hubo señalamientos de falencias. Pero señalaron como punto más alto el 27% de fallas al respecto, significando que cuando fallan es un porcentaje relativamente alto, pues oscila entre el 9% y el 27%.

La falta de entrevistas con los testigos fue objeto de señalamiento por parte de los jueces, en el punto más bajo del 18% y en el más alto del 9%, significando que desde su perspectiva la mayoría de los fiscales se entrevistan con los testigos, y solo un 9% no lo haría. Por lo mismo, encuentran que en general sí los preparan, empero dicha preparación puede parecer deficiente en el punto más bajo en el 27%. Pero no señalaron en el punto más alto registro alguno.

En cuanto a la información sobre la investigación, registraron en el punto más bajo el 54%, pero ningún porcentaje en el más alto, es decir, los fiscales sí se informan sobre la investigación, pero la misma puede ser defectuosa o deficiente, pero nunca al punto de desconocerla.

En ningún evento señalaron que los fiscales se abstengan de investigar, aun cuando puedan hacerlo deficientemente, en el punto más bajo e intermedio del 18%.

No deja de ser este un dato inquietante, puesto que los jueces perciben un nivel de deficiencia en un aspecto que debía no registrar ninguno, por orden constitucional.

Respecto del Ministerio Público

Dadas las atribuciones constitucionales y legales deferidas a los procuradores con funciones judiciales, se prefirió indagar la visión de los jueces respecto de ellos, encontrando que para los jueces no registraron en cuanto a la recolección deficiencias en el 54%, por suerte que sí lo hicieron con una escala de importancia, donde el punto más bajo es del 18% y el más alto del mismo tenor.

En cuanto a la conservación salieron aún mejor librados, pues no señalaron deficiencias en el 63%, y cuando lo hicieron informaron en el punto más bajo del 18% y en el más alto del 9%. La incorporación tuvo un comportamiento similar, aunque la única diferencia está en que en el punto más bajo de importancia le atribuyeron el 9%, el mismo que registró la autenticación.

Libraron a los procuradores en cuanto a déficit de investigadores en el 54%. Mientras que la escala de importancia en cuanto los encontraron falentes al respecto señalaron en el punto más bajo el 9% y en el más alto el 27%, resultando que deberían los procuradores disponer de investigadores. El mismo comportamiento registró la falta de entrevistas con los testigos.

Con respecto a la prelación de testigos, hallaron que en el 54% no puede cuestionárseles, y cuando sí, oscila en el punto más del 18% al 27% en el más alto.

En el 45% encontraron que los procuradores sí se informan debidamente de las investigaciones, previo a concurrir a las audiencias. Sin embargo, cuando no lo hacen sus deficiencias se registraron entre el 18% y el 27%, porcentaje que resulta igualmente preocupante porque revela la existencia de actuaciones de procuradores que llegan sin información alguna a las audiencias, en el 27%.

La falta de investigación de los procuradores, cuando deben hacerla por el tipo de intervención que realizan, osciló entre el 9% y el 18%. Mientras que en el 54% no tuvieron registro de este tipo de falencia.

Respecto de los defensores públicos

La visión de los jueces respecto de la actividad profesional de los defensores públicos, dentro del espacio judicial conformado o matizado por la Ley 906 de

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

2004, registra características interesantes que la distingue significativamente de los demás intervinientes. Es así como señalaron en cuanto a recolección defectuosa de evidencia que en la escala las deficiencias registran el punto más bajo en el 36% y no tienen punto alto, apenas uno intermedio del 27%. Significa que, en criterio de los jueces, los defensores públicos sí registran deficiencias, pero no alcanzan puntos críticos.

Con respecto a la conservación, observaron un comportamiento muy similar, puesto que sin defectos indicaron un 27%, con defectos muy graves, no formularon arrojaron porcentaje, y en los estadios intermedios de deficiencia la oscilación promedio fue del 27%. Claro está: lo ideal sería que no hubiese ningún porcentaje de deficiencia, empero, sería crítico que señalaran alguno en el punto más elevado.

La incorporación tiene la misma tendencia, si bien en la escala de 1 a 5, donde 1 es el punto de deficiencia más bajo y 5 el más alto, registraron 9%, 18%, 9% y 36%. Es decir, a nivel intermedio señalaron que existen deficiencias. Aun cuando en el punto cero, es decir, en donde no existe ninguna indicaron un 27%, frente a 0% en el punto más alto.

La autenticación fue uno de los aspectos que sí generó porcentajes en el punto más alto, esto es, el 9%, la mitad de lo que señalaron como nivel de cero deficiencias. Preocupa en todo caso que en la escala de 1 a 5 hay un incremento sostenido entre 1 y 4, concluyendo que la autenticación sí es un aspecto en que los defensores públicos son disfuncionales.

La falta de investigadores no es en rigor un aspecto que pueda imputarse como deficiencia del abogado respecto de su formación, en la medida en que el disponer o no de investigadores depende más de la institución que representan. En todo caso, registra el nivel más crítico de todos los identificados, pues en el punto más alto alcanza el 45%, y si adicionalmente se estiman los puntos intermedios de deficiencia, puede concluirse que en casi el 80% registran deficiencias sobre el particular, lo cual es preocupante, teniendo en cuenta el nivel de cobertura que presta la defensoría pública al sistema acusatorio en general.

La falta de entrevistas a los testigos registró en el punto cero de deficiencia apenas un 18%, mientras que en el punto más alto de deficiencia no obtuvo registro alguno, significando que en general los defensores públicos entrevistan a sus testigos. Sin embargo, en la oscilación entre el punto 1 y el 4 se advierte que

va desde un 18% hasta un 9%, pasando por un 36% en el punto 3. Significa que en criterio de los jueces los defensores públicos sí registran deficiencia sobre el particular, aun cuando no alcanza niveles de gravedad; los puntos intermedios revelan porcentajes relativamente altos, lo cual debe llamar la atención sobre este aspecto de su actividad.

Si bien pareciera que la preparación deficiente de los testigos observó un comportamiento similar, lo cual es lógico dados los resultados del aspecto que acaba de analizarse, preocupa aún más que en el punto 4 de deficiencia, el penúltimo más alto, alcanzó el 27%, seguido de igual porcentaje en el punto 3. Esto conlleva que los jueces observan, en general, una preparación de testigos deficiente por parte de los defensores públicos.

Pero quizás resulte más preocupante que en criterio de los jueces los defensores públicos no se informan debidamente de la investigación con anterioridad a las audiencias, puesto que en el nivel cero registraron apenas un 9%, y en la escala de 2 a 4 la oscilación partió del 9% para alcanzar el 36% en el punto 3 y mantenerse el mismo en el punto 4.

La ausencia total de investigación no se registró en ningún porcentaje, significando que en general para los jueces ningún defensor se presenta sin ningún nivel de investigación, lo cual se refuerza en el hecho de no haber registros en el punto más crítico que es el 5. Sin embargo, en el punto 3 obtuvo un porcentaje del 18% y en el 4 del 27%, implicando que existe una tendencia a descuidar las investigaciones.

Defensores privados

Sin duda los profesionales intervinientes en el proceso penal que, en criterio de los jueces, registran las más agudas deficiencias son los abogados particulares.

En criterio de los jueces, más del 60% de los abogados particulares incurren en los niveles más altos de insuficiencia en materia de recolección de evidencia. Mientras que los mismos puntos, esto es, los dos más altos de ineficiencia, fueron señalados igualmente en niveles superiores al 50% en materia de conservación. Aun cuando añadimos el porcentaje señalado al punto de deficiencia 3, que es de por sí alto, estaríamos identificando más de un 70%.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Incluso, si se hace el mismo análisis respecto de la incorporación, desde el punto de vista de los jueces, los índices de ineptitud son superiores al 80%.

Aun cuando un poco más bajo respecto al anterior, señalaron los jueces que es que los abogados particulares son deficientes en materia de autenticación en porcentaje superior al 70%, llegando a un punto crítico del 90% de deficiencias en cuanto al apoyo en investigadores, significando que, en general, los abogados privados no se apoyan en estos profesionales y técnicos, pero tampoco saben de las técnicas mínimas de investigación.

En los tres puntos más altos de deficiencia en materia de entrevista con los testigos se identificaron porcentajes que sumados alcanzan más del 80%, lo que implica que desde la perspectiva de los jueces los abogados privados o bien no se entrevistan con los testigos, o si lo hacen lo hacen muy mal.

Haciendo el mismo ejercicio de ponderación de los puntos más altos de deficiencia, en materia de preparación de los testigos, se alcanza un porcentaje superior al 70, significando que, como era de esperarse conforme a la respuesta previamente señalada, los abogados o bien no preparan a sus testigos o lo hacen muy mal, de acuerdo con la percepción que de su trabajo tienen los jueces.

Muy grave resulta el dato que señala cómo los abogados privados en el 90% de los tres niveles ponderados como más altos no se informan de la investigación realizada por el fiscal previo a las audiencias. Lo cual implica que los abogados privados no intentan aproximarse al abogado del Estado, por consiguiente llegan a las audiencias a enterarse de los procesos.

Como era de esperarse, conforme a las respuestas anteriores, desde la perspectiva del juez, los abogados no investigan los casos que asumen en los dos niveles más críticos, puesto que sumando los dos alcanzaron el 80% de deficiencia.

En casi el 46% de los jueces entrevistados se encontró que conocen casos concretos en que las deficiencias de los abogados privados en materia probatoria resultó determinante al momento de adoptar una decisión.

Percepción de los defensores públicos

Desde la perspectiva de los jueces, como también lo han sostenido otros actores del espacio judicial y del campo jurídico en general, los abogados que como

litigantes mejor desempeño han venido observando en el espacio judicial constituido a partir de la Ley 906 de 2004 son los defensores públicos.

Aun cuando lamentablemente se ha observado una disminución en su desempeño en el curso del 1° de enero de 2005 a la fecha, acaso fruto de un entusiasmo diezmado por el desencanto de los resultados del proceso acusatorio y adversarial, se ha distinguido a los defensores públicos como los abogados que mejor han individuado el nuevo esquema procesal, lo cual se debe no solo a que el llamado sistema acusatorio es un escenario más apropiado para el logro de los objetivos de un defensor bien calificado, sino por el permanente proceso de capacitación promovido para ellos por la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. De ahí que el 82% de los encuestados hayan asistido a este tipo de cursos.

Aproximadamente el 55% de los defensores públicos se consideraron capacitados para intervenir idóneamente en el espacio judicial del llamado sistema acusatorio; frente a un cercano 46% que señaló lo contrario.

El 90% de los mismos estimó que los abogados colombianos precisan formación especial en materia de manejo de la prueba. Para la mayoría de los defensores, el manejo de la prueba es una materia de la cual deben ocuparse los investigadores, aun cuando un porcentaje relativamente alto (46%) opinó lo contrario.

Pese a ser los profesionales con mejor calificación profesional observada en la práctica judicial, más del 8% no se consideraron suficientemente capacitados en técnicas de recolección de pruebas, ni en técnicas de conservación, sistema legal de incorporación y sistema legal de autenticación. En cambio, en materia de entrevistas el 55% estimó saber hacerlo, frente a un 45% cercano al 46%, que opinó lo contrario. Y es aún mayor la confianza en su formación acerca de la preparación de los testigos, respecto de lo cual se sintieron bien calificados en casi el 82%.

Curiosamente, acerca de técnicas de investigación se consideraron capacitados adecuadamente en casi el 73% de los casos.

En una preocupante proporción muy cercana al 46%, los defensores públicos señalaron no disponer de investigadores. Y es preocupante porque apenas algo más que el 18% claramente señaló lo contrario, es decir, que sí cuenta con ese apoyo. Por consiguiente, el mismo 46% aproximado de los defensores indicó tener que investigar por sí mismos, lo cual no es una situación deseable, pero debemos reconocer que en tales condiciones es preferible que lo hagan.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Apenas algo más que el 18% de los defensores públicos dijeron entrevistarse con el fiscal con anterioridad a las audiencias, mientras que un 27% indicó no hacerlo. El dato sin embargo resulta incierto dado que cerca del 64% de los defensores que atendieron la encuesta dispusieron no contestar.

Como era de esperarse, dadas las respuestas precedentes, aproximadamente en el 46% de los casos, solicitan todo el material probatorio a los usuarios de servicio de defensoría pública.

Las audiencias que generan más inseguridad a los defensores públicos son las de juicio oral y la preparatoria, en su orden, mientras que las demás generan sensación de inseguridad en un porcentaje significativamente inferior, esto es, menos de la mitad.

Como explicación a sus deficiencias, no encontraron en la resistencia cultural una causa eficiente, si bien le atribuyeron un cierto grado de importancia. Mientras que una sumatoria de los tres niveles más altos atribuyen a la falta de formación universitaria una explicación ponderada del 54%, en donde el nivel 3 de importancia es del 18%, el 4 del 9% y el 5 del 27%. Al esfuerzo personal deficiente atribuyeron menos importancia, puesto que si bien al nivel 3 de importancia señalaron un 27%, a los niveles 4 y 5, es decir, los más altos, consideraron apenas 9% cada uno.

Aun cuando menos, es significativo que le otorgaron a la ausencia de programas de postgrado una importancia que debe señalarse, toda vez que le impartieron al punto 5 el 18%, igual a la del punto 1. Empero, a los puntos 3 y 4 le otorgaron 9% a cada uno.

En cuanto a la comprensión tergiversada del enjuiciamiento acusatorio, como causa de la condición de los abogados, no le dieron mayor importancia, en consideración a que le dieron mayor relieve a los puntos bajos, y menor a los altos.

Mientras que la escasa experiencia del país en este tipo de procesos registró entre los defensores públicos una explicación importante, teniendo en cuenta que entre los puntos 3 a 5 de importancia obtuvieron el 36%, 18% y 18% respectivamente.

Las razones que sirvieron de introducción explican por qué no han tenido más casos en que los defectos en el manejo de la prueba hayan influido en las decisiones que aquellos en que tal extravío se haya presentado. De cualquier forma, es inquietante saber que señalaron en algo más del 27% la presencia de tal situación.

La forma como se perciben los abogados particulares

Todo proceso investigativo que procura descubrir las condiciones de un actor respecto del juego que desarrolla, reclama de suyo verificar la forma como son percibidos por los demás actores del mismo espacio, para confrontar esa mirada con la autopercepción de las personas que encarnan la actuación institucional. La información que arroja es interesante, en la medida en que permite establecer si existe coincidencia o si, por el contrario, el actor se autopercibe con excesiva generosidad o, en cambio, tiene un concepto de inferioridad respecto de sus verdaderas condiciones.

Esta encuesta informó que en criterio de los abogados particulares, algo más del 53% se calificó como capacitado adecuadamente para intervenir en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004.

El 100% concluyó necesario que los abogados colombianos reciban formación específica en manejo de la prueba. Mientras que la mayoría concluyó que de tal temática no deben ocuparse exclusivamente los investigadores, si bien un porcentaje relativamente alto consideró lo contrario (cerca al 44%).

Cerca del 69% de los encuestados concluyó que no se encuentra capacitado en técnicas de recolección, aspecto básico de la genérica de investigación de campo. El casi 72% de los mismos se consideró insuficientemente capacitado en materia de conservación. Prácticamente el 66% señaló no estar capacitado en régimen legal de incorporación, dato similar al que correspondió al sistema legal de autenticación.

El comportamiento es sustancialmente diferente en cuanto a técnicas de entrevista, en que los abogados informaron estar capacitados en más del 59% de los encuestados, y casi el 63% concluyó estarlo en métodos de preparación de testigos.

Curiosamente, el mismo porcentaje, esto es, el 63%, se definió como bien capacitado en técnicas de investigación, dato que contrasta significativamente con lo observado por los jueces.

La mayoría, esto es, el 72% de los encuestados, no dispone de investigadores al servicio de sus casos. Razón por la cual el 75% debe asumir por sí mismo las investigaciones, lo cual, en términos de calidad de las intervenciones, resulta muy aventurado en la práctica judicial, considerando que la mayoría registraron

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

deficiencias en su capacitación en aspectos básicos de la investigación de campo, como la recolección, la conservación, etcétera.

Si agregamos que la mayoría no se entrevista con los fiscales previo al inicio de las audiencias en que participa, dato que coincide con lo evidenciado por los jueces, la situación es dramática, puesto que dicen investigar ellos mismos. Sin embargo, no saben investigar y tampoco se enteran oportunamente de lo que deben investigar. La consecuencia es que requieren todo el material probatorio a sus clientes, así que lo que arroja el diagnóstico es, tal y como lo informaron los jueces, que los abogados no investigan.

Como era de esperarse, el nivel de inseguridad de los abogados particulares es mucho más alto que cualquiera de los otros actores. Por ello, señalaron niveles máximos en la audiencia de juicio oral y reparación integral, resultando superior al 40%, con nivel muy alto en la primera. Además, se definieron como inseguros en las audiencias preliminares en más del 31%; el nivel descendió respecto a la audiencia de acusación que fue del 25%, y cerca del 19% respecto de la audiencia preparatoria.

Como causa de esta condición no le dieron una importancia mayor a la resistencia cultural, que en un promedio ponderado conllevaría un 24%, en que el nivel 3 ocupó casi el 19%, es decir, el porcentaje más alto está en un punto medio.

En cambio, la falta de formación profesional en la universidad alcanzó un promedio ponderado superior al 50%, donde el punto 3, esto es, el medio, registró un 9,37% y el 5, o sea, el más alto, de 31,25%, pasando por un punto 4 de 12,50%, implicando que en percepción de los abogados particulares las deficiencias universitarias son muy altas. Así mismo se atribuyó una señalada importancia a las deficiencias en los programas de pregrado, que en tanto causa alcanzó en el punto 5, esto es, el de más alta influencia, el 25%, en el punto intermedio, esto es, el 3, del 28% y en el punto 4, del 12%.

A nivel de ausencia de programas de postgrado, en el punto intermedio se acercó al 22%, mientras que en el punto 5, el más alto, del 25%.

También atribuyeron una importancia significativa a su propia indiferencia, en tanto causa de su situación, pues en el punto más alto marcó un porcentaje cercano al 19%, en el punto intermedio de 25% y en el 4 de importancia algo más del 9%.

De la misma forma le dieron una alta influencia a la comprensión tergiversada del sistema acusatorio, con una incidencia superior al 28% en el nivel 5, un 15,62% en el intermedio y, en el 4 del 9,37%.

La escasa experiencia del país en formas de enjuiciamiento acusatorio y adversarial fue cercana al 47% en el punto más alto, con un porcentaje cercano al 13% en el intermedio y superior al 6% en el punto 4, siendo esta sin duda la causa eficiente a su entender de las deficiencias propias en el manejo de la prueba.

La mayoría de abogados particulares no ha tomado cursos de actualización en Ley 906 de 2004, aun cuando un porcentaje relativamente alto sí lo ha hecho, pues está cerca del 47%, en todo caso inferior al que no lo ha hecho que es del 50%.

Cerca del 47% de los abogados encuestados ha tenido casos en que el deficiente manejo de la prueba se ha proyectado en el sentido de las decisiones.

Percepción de los fiscales

El 75% de los fiscales encuestados se consideró debidamente capacitado en manejo de la prueba. Sin embargo, observó más del 97% que los abogados colombianos precisan ser formados en ese tema.

Un alto porcentaje de los fiscales, específicamente más del 58%, consideró que del manejo de la prueba deben encargarse exclusivamente los investigadores; aun cuando casi el 42% estuvo en desacuerdo con tal posición.

La mayoría de los fiscales, en concreto casi el 64%, no se consideró debidamente calificado en técnicas de recolección. Y más del 72% tampoco se consideró calificado en conservación.

En sistema legal de incorporación se calificaron como bien capacitados el 66,66%, no así el 30,50%. Mientras que en sistema legal de autenticación se calificaron como bien capacitados el 57,57%, y lo contrario el 38,88%.

En técnicas de entrevista el 77,77% se autodefinió como bien capacitado, frente a un 19,44% que concluyó lo contrario. La preparación de testigos tuvo un mejor registro, en cuanto se autodefinieron como bien formados el 80,55%, mientras que no encontraron tal facilidad el 13,88%.

En cuanto a las técnicas de investigación dijeron estar bien capacitados el 77,77%, frente a un 22,22% con la opinión contraria.

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

Es preocupante que apenas un escaso 44,44% afirmó disponer de investigadores, significando que más de la mitad carecen del servicio. Tal dato es poco menos que grave, en cuanto el fiscal sin los investigadores no puede simplemente adelantar su actividad. En cambio, más de la mitad de los fiscales sostuvieron verse obligados a investigar por sí mismos, dato que no corresponde con un mínimo estándar que sostenga la calidad del servicio de administración de justicia.

El 30,55% de los fiscales indicaron que requerían todo el material probatorio al usuario del servicio, esto es, al denunciante. Curiosamente, ningún fiscal manifestó lo contrario, absteniéndose de contestar a esta pregunta la mayoría, esto es, prácticamente el 70% de los encuestados.

Las audiencias que más inquietan a los fiscales son en su orden la de reparación integral, seguida de las preliminares, la de juicio oral y acusación y preparatoria, con un mismo porcentaje.

A su situación deficitaria le atribuyeron por causa la resistencia cultural ponderada de un 49%, donde el punto más elevado obtuvo un porcentaje del 22% y el medio de 25%.

La falta de formación profesional universitaria alcanzó un 58%, pero el punto medio fue el más elevado con un 25%, y el punto más alto con 16,66%.

La comprensión tergiversada del sistema acusatorio fue del promedio ponderado del 41%, aun cuando el punto más alto registró el mismo porcentaje del punto más bajo. Sin embargo, alcanzaron un promedio del 57% las deficiencias en los programas de pregrado, y un 50% por deficiencias en programas de postgrado, resultando que la formación universitaria tiene un peso demasiado alto como causa de la situación en particular.

La explicación que más peso concreto obtuvo entre los fiscales fue la escasa experiencia del país en la nueva forma de enjuiciamiento, alcanzando más del 72% ponderado.

La mayoría de los fiscales encuestados ha tomado cursos de actualización en Ley 906 de 2004.

Lamentablemente, la mayoría ha conocido casos en que los errores en el manejo de la prueba han resultado determinantes en las decisiones adoptadas.

Percepción de los peritos

Conforme fue señalado por el Congreso de la República, incluso por la Comisión redactora Constitucional, se creó una expectativa importante en torno a la figura de los peritos, en tanto se consideró que su presencia procesal en calidad de intervinientes se maximizaba. Hemos hecho ya varias referencias a tal prurito, advirtiendo que si bien el rol en tanto parte del juego judicial que vienen desempeñando se modifica, por cuanto sus dictámenes pierden valor vinculante a través del mero escrito y pasan a reclamar en adelante exposición oral por parte del perito, a través del interrogatorio que la parte que lo aduce debe aplicar. Sobreviene el contrainterrogatorio, mediante el cual la contraparte lo somete a reexamen con miras a desestimarle en tanto experto al perito o a las técnicas aplicadas a la producción de la prueba, acaso al método para restarle científicidad, o en fin cualquier agucia legal orientada a restarle entidad probatoria.

Indudablemente, estas son situaciones procesales propias del nuevo juego judicial, que modifican significativamente las intervenciones de los expertos, pero de ahí resulta muy incómodo derivar que el perito o el científico pasa a ser más importante, es decir, que en el método de enjuiciamiento precedente lo eran menos. Conclusión tan ingenua que pasa por menos las tendencias que aceptan teorías para las cuales resultan demasiado caros los fundamentos probatorios científicos, como la de la causa eficiente.

Como sea y siendo, en todo caso, importantes los peritos en uno y otro proceso, nos importa su situación como intervinientes eventuales, así como su visión acerca de los abogados que intervienen en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004.

Encontramos que de los encuestados el 91% tiene formación profesional, frente a un escaso 9% con formación meramente técnica. Su experiencia como peritos en el 64% supera los 6 años. Además, el 55% de los mismos labora en la actualidad como perito.

De estas personas, apenas el 45% se siente bien formado en técnicas de recolección y de conservación. Mientras que en sistema legal de incorporación el 55% estimó no estarlo.

Cerca se encuentra la proporción de ausencia de formación en sistema legal de autenticación, pues alcanzó el 45%. Una proporción similar, del 50%, sostuvo no estar formados en técnicas de entrevista, mientras que el 41% ignora los

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

métodos de preparación de testigos. Estos datos en general no son inquietantes, puesto que de los peritos no se tiene una gran expectativa sobre tales aspectos, de los cuales se espera mucho más con respecto de los investigadores propiamente dichos, pero sin embargo informan acerca del nivel de preparación que ostentan para intervenir en un proceso penal, para lo cual deberían tener alguna formación en técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, pues a ellos serán sometidos.

En cambio, los peritos sí disponen de formación en técnicas de investigación, como era de esperarse, alcanzando un 59% afirmativo.

El 95% de los peritos concluyó que los abogados colombianos no se encuentran en condiciones de manejo idóneo de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Razón por la cual el 91% estimó que precisan de dicha formación, amén que más de la mitad, específicamente el 55%, consideró que de tal área temática no solo deben ocuparse los investigadores sino también los abogados. Se advierte en todo caso que un porcentaje alto concluyó lo contrario, esto es, el 36%.

Desde su perspectiva, las deficiencias profesionales de los abogados en técnicas de recolección son altas pues superan el 60% ponderado las opiniones que así lo perfilan. El mismo comportamiento observó su opinión en cuanto a la formación de los abogados en técnicas de conservación.

Una mayor confianza les merece la formación profesional de los abogados en sistema legal de incorporación, pese a que más del 40% ponderado señaló deficiencias más o menos significativas.

Similar fue la percepción de la formación de los abogados en sistema legal de autenticación, que superó el 40% ponderado de deficiencia. Mientras que la formación en técnicas de investigación la señalaron como mucho más deficiente, pues una sumatoria del porcentaje atribuido al punto medio junto con dos puntos máximos alcanzó el 46% negativo.

En técnicas de entrevista encontraron que son aún más deficientes los abogados, pues aquí el porcentaje sumado de los mismos puntos adquiere el 50%.

La formación de los abogados en cuanto a preparación de los testigos salió mejor librada, pero en todo caso registró un porcentaje negativo de más del 30%.

Lamentablemente, el 59% de los peritos ha conocido casos en que los errores en el manejo de la prueba resultaron determinantes en la producción y sentido de las decisiones judiciales.

Percepción de los investigadores de la Fiscalía

Estos investigadores fueron objeto de múltiples manifestaciones de preocupación por parte de los miembros del Congreso de la República que se manifestaron durante las deliberaciones relacionadas con lo que terminó siendo la Ley 906 de 2004. Algo similar aconteció en el sentido de la Comisión Redactora Constitucional, si bien fueron mucho más directos los primeros.

Tales preocupaciones señalaban que los investigadores de la Fiscalía no estarían adecuadamente formados y experimentados en las áreas de su competencia, para el esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial, habiendo observado que dichos investigadores tendrían una responsabilidad específica en la calidad de la administración de justicia por venir, olvidando, sin embargo, que lo mismo puede predicarse de los investigadores de la defensa pública o privada, los cuales no les merecieron ninguna manifestación normativa trascendental en el cuerpo del código.

Los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigaciones ostentan formación profesional en el 42% de los casos y, al nivel técnico, el 37%. Más del 76% registraron experiencia superior a 6 años.

El 82% se consideró idóneamente formado en técnicas de recolección y de conservación. Sin embargo, en sistema legal de incorporación, la formación resultó deficiente en el 53% de los casos. En cuanto al sistema legal de autenticación, es levemente mejor, siendo deficientes en el 50% de los casos. Estos datos no conllevan necesariamente que el porcentaje restante sea positivo para su formación en esas áreas específicas, considerando que un porcentaje relativamente alto de los encuestados no dio respuesta a la pregunta.

En técnicas de entrevista el 53% de los encuestados no considera encontrarse idóneamente formado, dato altamente preocupante, puesto que son ellos los encargados de realizarlas. Siendo escaso que el 37% sí se encuentre en condiciones adecuadas, pues es de esperarse que el 100% sea altamente calificado en la materia.

Más preocupante aún resulta que el 76% ignore lo relativo a técnicas de preparación de testigos, pues de tal labor deben participar tanto los abogados como los investigadores.

Y no deja de inquietar que si bien el 55% de los investigadores de la Fiscalía manifestó encontrarse preparado en técnicas de investigación, el 37% expuso lo

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

contrario, lo cual es un índice demasiado alto para un cuerpo de apoyo del cual se precisa que el 100% sepa investigar, como quiera que esa es la actividad para la cual sirven al Estado.

Acaso parte de la explicación se encuentre en que pese a ser investigadores están aplicados a oficios que no son la investigación; de ahí que apenas el 24% de los encuestados hayan afirmado estar dedicados a tal actividad.

Siguiendo la línea detectada, cerca del 90% de los investigadores de la Fiscalía manifestó que desde su óptica los abogados colombianos no se encuentran calificados profesionalmente para impartir manejo idóneo a la prueba. Por la misma razón, concluyó el 95% que precisan ser formados en tal materia. Amén que el mismo porcentaje consideró que del manejo de la prueba no debe ocuparse exclusivamente el investigador, sino que el abogado requiere dominar esa área simultáneamente.

Los índices de deficiencia observados por los investigadores del Estado señalaron que las técnicas de recolección constituyen un área altamente deficitaria en la formación de los abogados, puesto que al ponderar los tres niveles que corren entre el punto 3 y el 5 suman el 40%, frente a un 34% que señala ninguna deficiencia al respecto.

Las técnicas de recolección resultan ser un tema más deficitario aún, puesto que al hacer el mismo ejercicio se advierte en el punto de más alta necesidad de capacitación un 34%, frente a un 21% en el que señalo la ausencia de este tipo de necesidad. Empero, si agregamos al primer dato los dos puntos que le siguen, el porcentaje se dispara al 50%.

El dato relativo al sistema legal de incorporación salió levemente mejor librado, pues los puntos más altos agregados suman un 43%, frente a un 18% en el punto que señala ninguna necesidad de capacitación sobre el particular.

El sistema legal de autenticación tiene un mejor comportamiento a favor de los abogados, dado que en el punto de ninguna necesidad de capacitación indicaron el 29%, frente a un 45% que indica la sumatoria del punto medio con los puntos más altos.

Las técnicas de investigación registraron necesidades crecientes de investigación en que el punto medio registró 24% y se elevó a 26% en el más alto, sumando con el punto 4 un porcentaje final de 58%.

La capacitación en técnicas de entrevista resultó deficiente en un promedio ponderado del 55%, y eficiente en el 24%.

Similar comportamiento señaló la preparación de testigos, con la diferencia que las necesidades ponderadas alcanzaron el 60%.

Son más los investigadores de la Fiscalía que no han conocido casos en que los defectos en el manejo de la prueba hayan incidido en la decisión, pero lo contrario ocurrió con el 37% de los encuestados, así que sigue siendo una constante que tal situación sucede.

Percepción de los investigadores de la defensa

Los investigadores de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo señalaron que en el 50% han recibido formación profesional y el 18% técnica. En el 73% su experiencia supera los seis años, y de los mismos como investigadores labora el 91%.

Su formación es considerada como idónea en el 82% de los casos, y deficiente en el 14%. En técnicas de conservación señalaron que el 77% es idóneo, y lo contrario el 18%. En sistema legal de incorporación consideraron positiva su formación el 68%, frente a un 18% que opinó lo contrario.

En cuanto al sistema legal de autenticación, la relación es de 55-27%, siendo el primero el porcentaje positivo, por lo cual es este uno de los aspectos en que más deficiencias consideraron.

En las técnicas de entrevista concluyeron disponer de una capacitación suficiente el 95%, frente a un 5% que opinó lo contrario. En la preparación de testigos, se consideraron bien capacitados el 82%, y lo contrario el 14%.

En cuanto a las técnicas de investigación se identificaron como bien calificados el 77%, y mal calificados el 18%.

El 90% de los investigadores de la Defensoría Pública consideró que los abogados colombianos no se encuentran calificados para impartir manejo apropiado de la prueba. Por consiguiente, el 95% estimó que precisan de recibir formación acerca del manejo de la prueba, si bien el 68% concluyó que no es una tarea exclusiva de los investigadores, advirtiendo que, de cualquier forma, un 27% consideró que deben dedicarse al mismo los investigadores de manera exclusiva.

Respecto a los temas concretos que en su criterio son más problemáticas en términos de deficiencia por parte de los abogados colombianos se señaló el

•El manejo de la prueba por intervinientes particulares.

siguiente comportamiento: en técnicas de recolección, el promedio ponderado señala deficiencias del 68%, donde el nivel más alto se elevó a 36% y el medio a 14%, pero el más bajo, es decir, el que no registró deficiencias al respecto, fue de apenas el 18%, es decir, la mitad del punto más alto.

Las técnicas de conservación registraron un 59% ponderado de deficiencia, donde el punto más alto subió a 27% y el medio a 18%. En el nivel de ninguna necesidad alcanzó el 18%.

El sistema legal de incorporación arroja una sumatoria del 86% de deficiencia, en donde el punto medio se disparó al 50% y el más alto a 18%, mientras que el nivel de idoneidad apenas registró un 5%. Significa que en criterio de los investigadores de la Defensoría Pública, en general, los abogados están muy mal formados en este tema.

Acerca del sistema legal de autenticación el comportamiento es similar, alcanzando un nivel del 77%, con un punto alto de 23% y medio de 36%, mientras que el punto de idoneidad alcanzó apenas un 5%.

En cuanto a técnicas de investigación la variación señaló que en general están los abogados mal formados en el 73%, con los dos puntos más altos del 32%, y el nivel de idoneidad en el 18%.

Acerca de las técnicas de entrevista la deficiencia en la formación es del 77% ponderado, donde los dos puntos más altos se dispararon a 68%. La preparación de testigos resultó vista como un tema altamente deficitario en los abogados, pues sus necesidades de capacitación se dispararon al 82%, sumando los puntos medio y los dos más altos.

Lamentablemente los investigadores de la defensa pública señalaron conocer casos en que los errores en el manejo de la prueba se proyectaron en la decisión final, en un preocupante 91%.

Percepción de los procuradores

Casi el 72% de los procuradores encuestados se consideró capacitado en el manejo de la prueba. Sin embargo, el 57% considera que conoce las técnicas de recolección, el 42% las de conservación, el 72% el régimen de incorporación, el 100% las técnicas de entrevista, el 86% la preparación de testigos y las técnicas

de investigación. Pero simultáneamente el 100% concluyó que los abogados colombianos necesitan ser formados en el mismo tema.

Algo más del 57% consideró que el tema del manejo de la prueba no debe ser exclusividad de los investigadores.

El 29% dispone de investigadores, el 43% asume personalmente las investigaciones, y el mismo porcentaje se entrevista con el fiscal antes de las audiencias; el mismo porcentaje solicita el material probatorio al usuario.

Las audiencias en que se sienten más inseguros son las de juicio oral y reparación integral, luego las preliminares, mientras que no los inquietan la de acusación ni la preparatoria.

La resistencia cultural a su situación se considera un factor de mediana influencia. Pesa mucho más la falta de formación universitaria y las deficiencias en los programas de pregrado, y no encuentran en el esfuerzo personal un factor que genere deficiencias. La falta de experiencia del país en enjuiciamientos penales acusatorios mediana mente explica la situación deficitaria que registran.

El 100% ha tomado cursos de formación específica en Ley 906 de 2004.

El 73% conoce casos en que los errores en el manejo de la prueba han resultado determinantes en la decisión.

LAS DEFICIENCIAS DE LAS ESTRUCTURAS CURRICULARES Y UNA PROPUESTA SUSTITUTIVA

Al verificar varios de los programas de derecho procesal penal y derecho probatorio, hemos encontrado que pese al advenimiento del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, las estructuras curriculares generales de la formación en derecho, así como las particulares en procedimiento penal, se conservan exactamente iguales a las que preexistieron a la reforma.

Acaso podamos señalar que la única modificación fue la introducción de cursos en técnicas de juicio oral, pese a su importancia, de carácter electivo, incluso en universidades caracterizadas por producir litigantes.

Es sin embargo un factor a considerar que no todos los discentes tendrán intenciones de orientarse hacia el derecho criminal ni, dentro de esta área, necesariamente al litigio penal. Cabe replicar, no obstante, que la tendencia del país se orienta hacia la extensión e implementación de los enjuiciamientos de corte acusatorio y adversativo en áreas de especialidad distintas a la penal, tal y como lo evidencian las pruebas y reformas planteadas al procedimiento laboral y frente al código de procedimiento unificado.

Hemos acreditado que el nuevo procesamiento demanda exigencias curriculares diferentes a las que plantearon los esquemas de enjuiciamiento napoleónicos, como el del Decreto 2700 de 1991 o la Ley 600 de 2000. Así lo concibió la Comisión Redactora Constitucional y el Congreso de la República, luego no resulta consecuente con el ritmo legislativo del país y su desarrollo jurídico que

la academia superior se abstenga de asumir la responsabilidad que le corresponde en la integración profesional de los abogados que produce.

Acaso uno de los factores más determinantes sobre las disfunciones anotadas al espacio judicial surja precisamente del distanciamiento que ha tomado la academia con respecto al mismo, fruto de la ausencia de estudios diagnósticos del campo jurídico, lo cual tiende a resolverse en anomia judicial de no adoptarse alguna medida apropiada a la conformación de los modelos curriculares con la realidad jurisdiccional.

Urge entonces una respuesta reflexiva a la siguiente inquietud: ¿la formación de un abogado para ingresar en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004 es objeto de los estudios de pregrado o de postgrado?

Advirtiendo que todos nuestros entrevistados coincidieron en que esa formación debe surgir del pregrado, parece ser una necesidad insustituible en consideración a las siguientes razones:

1. No tendría sentido tomar incurso de formación en derecho y saber anticipadamente que no se sabrá actuar en el espacio judicial. De hecho, ha advertido Bourdieu que una característica del espacio judicial es que a él no ingresan sino los expertos y ellos son los abogados.
2. No todas las personas disponen de los recursos para sufragar postgrados, particularmente cuando acaban de egresar de la facultad de derecho. Sería un despropósito condicionar el acceso de un profesional al espacio judicial para el cual supuestamente se formó al requisito de tomar incurso de profundización por falta de formación en el nivel anterior.
3. No puede equipararse la situación de los abogados que fueron sorprendidos con la reforma legal, y la de los futuros abogados que ingresarán en el nuevo espacio judicial, para lo cual se están formando. Los primeros naturalmente no pueden volver a formarse a nivel de pregrado, en cambio sí precisan de actualizarse mediante cursos apropiados a tal finalidad. Pero la situación de los segundos es completamente paralela, puesto que, encontrándose en pleno proceso de formación, dicho proceso debe apropiarse a las condiciones impuestas por la nueva legislación.

•Las deficiencias de las estructuras curriculares y una propuesta sustitutiva•

4. La Ley 30 de 1992 ha fijado los objetivos de la educación superior, y un curso de pregrado que no forme a los abogados que está produciendo para que actúen en el espacio judicial definitivamente no los cumple¹¹⁶.
5. Tampoco se objeta presumir que todos los discentes pretendan ser litigantes. Precisamente, porque tampoco se puede presumir lo contrario; esa decisión la deben tomar ellos y no las instituciones, lo cual solo es posible si tienen la alternativa cierta de poder decidir, y ella surge a condición que puedan tomarla. De hecho, no se cumpliría lo ordenado legalmente si los programas de pregrado prescinden de proveer esa formación, teniendo en cuenta que “Los programas de pregrado preparan para el desempeño de ocupaciones, para el ejercicio de una profesión o disciplina determinada, de naturaleza tecnológica o científica o en el área de las humanidades, las artes y la filosofía”¹¹⁷.

Ciertamente, es un derecho de cualquier estudiante actual en pregrado de derecho recibir formación adecuada para ingresar en el espacio judicial penal colombiano, en tanto que a nivel de especializaciones puede pretender perfeccionarse,

.....
116 ARTÍCULO 6o. Son objetivos de la Educación Superior y de sus instituciones:

- a) Profundizar en la formación integral de los colombianos dentro de las modalidades y calidades de la Educación Superior, capacitándolos para cumplir las funciones profesionales, investigativas y de servicio social que requiere el país.
- b) Trabajar por la creación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento en todas sus formas y expresiones y promover su utilización en todos los campos para solucionar las necesidades del país.
- c) Prestar a la comunidad un servicio con calidad, el cual hace referencia a los resultados académicos, a los medios y procesos empleados, a la infraestructura institucional, a las dimensiones cualitativas y cuantitativas del mismo y a las condiciones en que se desarrolla cada institución.
- d) Ser factor de desarrollo científico, cultural, económico, político y ético a nivel nacional y regional.
- e) Actuar armónicamente entre sí y con las demás estructuras educativas y formativas.
- f) Contribuir al desarrollo de los niveles educativos que le preceden para facilitar el logro de sus correspondientes fines.
- g) Promover la unidad nacional, la descentralización, la integración regional y la cooperación interinstitucional con miras a que las diversas zonas del país dispongan de los recursos humanos y de las tecnologías apropiadas que les permitan atender adecuadamente sus necesidades.
- h) Promover la formación y consolidación de comunidades académicas y la articulación con sus homólogas a nivel internacional.
- i) Promover la preservación de un medio ambiente sano y fomentar la educación y cultura ecológica.
- j) Conservar y fomentar el patrimonio cultural del país. Cfr. Ley 29 de 1990; Ley 70 de 1993; Ley 99 de 1993; Ley 115 de 1994; Decreto 2790 de 1994.

117 Artículo 9° de la Ley 30 de 1992, cfr. Decretos 1403 de 1993, 837 de 1994 y 2790 de 1994.

tal y como lo dispone el artículo 11 de la Ley 30 de 1992, lo cual es imposible si no se forma a un nivel básico.

Desde este punto de vista, considerando las premisas legales, las necesidades actuales del espacio judicial, la situación de los abogados, así como el tránsito legislativo, concluimos que un programa de derecho debe impartir una formación que observe las siguientes características:

1. Calificarlo para constituir verdades judiciales a partir de su actividad. Por esta vía se procura que un abogado pueda crear las bases epistemológicas y ontológicas de una alternativa procesal razonable, lo cual demanda formarse acerca de las condiciones de construcción social de la realidad, particularmente a partir de las estructuras comunicológicas que hacen posible la construcción de sentido.
2. Saber jugar el juego judicial dispuesto para un espacio judicial de características acusatorias y adversariales. De esta forma debe estar calificado para diagnosticar la situación procesal de la persona o institución que representa, de manera que ofrezca alternativas legales apropiadas al logro de sus intereses, considerando la disminución máxima de costos tanto humanos como materiales, y la obtención de resultados tanto más deseables como probables.
3. Saber construir marcos de referencia que confronten lo procesal con lo extraprocesal, de manera que pueda establecer opciones reales de construcción social de la realidad judicial, mediante el logro de decisiones deseables a los intereses representados.
4. Saber estructurar y fundamentar la alternativa propuesta tras el diagnóstico procesal y probatorio, mediante la elaboración de un discurso tanto teórico como probatorio.
5. Saber construir el discurso constituido conforme a los análisis previstos, dentro del espacio judicial.

En consideración a estas condiciones preliminares del *saber litigar*, precisan los abogados acceder a dos elementos necesarios que debe proveerles su formación profesional. Por un lado, un sistema de información que le provean conocimientos científicos suficientes acerca del discurso disciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario. Por otro lado, el desarrollo de destrezas y habilidades suficientes que los califiquen como personas aptas para jugar el juego judicial en un contexto predeterminado.

De la articulación de los dos deben surgir dos tipos de competencias: las del nivel reflexivo y las del nivel operativo, para desarrollar el juego judicial conforme a los intereses que pretendan realizar dentro del espacio judicial.

La formación ideal surge de un programa sistémico de formación en las siguientes áreas, adicionales al procedimiento penal propiamente dicho:

Asignaturas generales

Dentro de las asignaturas generales, esto es, las que proveen formación aplicable a cualquier especialidad del derecho (articuladas tanto el litigio penal como al civil, laboral, etcétera):

Semiología I

Por esta vía se procura echar las bases de comprensión reflexiva de la función semántica de los signos.

El proceso de comprensión de la transmisión de información debe implementarse desde el conocimiento de las posibilidades reales de intercambio de sentido, el cual parte de los postulados básicos de las condiciones que hacen posible la comunicación. Tanto el lenguaje verbal como el quinético y, en fin, cualquiera no verbal, se encuentran involucrados en los procesos de persuasión indispensables como herramienta de trabajo en el espacio judicial.

Comunicología, semiología II o retórica

El hecho de sentar las bases teóricas de los procesos de intercambio de sentido está llamado a consolidarse mediante el desarrollo de destrezas y habilidades de comunicación concretas. Desde la perspectiva del espacio judicial, esa técnica debe ser la retórica, sea que se adopte como asignatura de comunicación, semiología en un nivel más profundo o retórica propiamente dicha.

Teniendo en consideración que se enfatizará en retórica judicial, que la misma no tiene que ser diferente en sus cimientos a la retórica penal, civil, laboral, administrativa, tampoco existen razones para reducir el contenido temático, que sería eminentemente práctico, a la causa criminal. Por consiguiente, esta es una asignatura de orden general.

Argumentación

Una forma ideal de concluir el proceso iniciado mediante la formación en semiología, que pasó luego por la retórica, es aprender a construir los discursos judiciales conforme a parámetros de estructura y comprensión satisfactorias.

Ciertamente, el auge que han venido adquiriendo, particularmente tras el posicionamiento de las teorías estructurales funcionalistas, los modelos de construcción sistémica de sentido no hace que resulte novedoso proponer que los abogados reciban formación concreta en materia de argumentación, de hecho, son ya varias las facultades que la consideran, aun cuando no todavía como integrada a un proceso que contempla la semiología y la retórica.

Su importancia no precisa actualmente justificaciones, pero sin embargo se reitera que, conociendo los esquemas de transmisión de sentido, particularmente a través de la persuasión verbal, en sus variables de convencer y conmovier, conviene aprender a construir los discursos a través de métodos de lógica comunicativa plenamente satisfactorios.

Asignaturas especiales

Referimos así aquellas áreas temáticas que especialmente proveen la formación a un aspirante a abogado que pretenda acceder al espacio judicial penal.

Investigación de campo

Esta propuesta en particular, si bien no resulta novedosa en los cursos de criminalística, se propone como consecuencia directa de las falencias detectadas en el manejo de la prueba, que parte de la ignorancia sobre los métodos de investigación y, por consiguiente, de acceso a los medios de convicción.

Consideramos que desde la perspectiva académica, un abogado recibe la formación que su condición de profesional del derecho reclama en investigación de campo, si al menos cubre los siguientes temas:

- a. Escena del crimen
- b. Técnicas de recolección y embalaje
- c. Manipulación, marca y conservación de evidencia
- d. Aproximaciones al testigo

•Las deficiencias de las estructuras curriculares y una propuesta sustitutiva•

- e. Entrevistas
- f. Verificaciones

Pruebas penales

Dadas las más visibles deficiencias registradas por los abogados, concluimos que la formación básica en materia reprobadas penales les reclama un conocimiento claro, tanto a nivel teórico como práctico, de los siguientes medios, procedimientos de acceso y categorías básicas:

- a. Testimonios
- b. Experticios
- c. Evidencia física y elementos materiales probatorios
- d. Documentos
- e. Acciones encubiertas
- f. Prueba de referencia
- g. Prueba sobreviniente

Criminalística I

No resulta novedoso, en absoluto, manifestar la pertinencia de la criminalística como área temática dentro de la formación profesional de un abogado. Empero, tradicionalmente formulada como una extensión que privilegiaba el conocimiento de los abogados inclinados al derecho penal y, de hecho, reforzada en cursos de postgrado en derecho criminal, recobra preeminencia dentro de los cursos de formación en procedimiento penal, cuando los abogados precisan establecer si la constitución de pruebas penales reclaman conocimientos técnicos o científicos, es decir, si precisa de la grafología, documentología, o cualquier área afín.

No se trata de convertir los abogados en multiexpertos en las distintas técnicas criminalísticas, sino de iniciarlos en los fundamentos de cada una de esas áreas de conocimiento, para que sepan cuándo deben profundizar en ellos para construir teorías del caso probables, o redargüir a su contraparte. Por lo demás, es absolutamente necesario hacerse al vocabulario técnico, presupuesto necesario del espacio judicial de corte acusatorio y adversarial.

En consecuencia, concluimos que a nivel de pregrado un abogado satisface dicha necesidad si recibe formación básica en:

- a. Dactiloscopia y lofoscopia
- b. Documentología
- c. Grafología
- d. Balística
- e. Química forense
- f. Física forense

Medicina legal

El conocimiento del discurso médico y la aproximación a las bases experimentales que acompañan el método científico aplicado a la medicina forense permiten que los abogados puedan identificar eventos de necesidad de conocimientos en el área, es decir, saber cuándo se precisa del apoyo de un médico forense, lo cual reclama anticipadamente la familiarización con el discurso médico, así como de las prácticas forenses.

Con tal propósito un curso básico de medicina legal debe proporcionar formación elemental en las siguientes áreas del conocimiento:

- a. Tanatología
- b. Signos de vida y muerte
- c. Fenómenos cadavéricos
- d. Identificación del cadáver
- e. Residuos orgánicos
- f. Cronotanatología
- g. Autopsia
- h. Diagnóstico de heridas

Investigador testigo

Como novedad se propone crear esta asignatura ordenada a formar a los abogados en el eje de todo manejo de la prueba, como es el investigador testigo. Lo que se pretende es que el abogado, aplicando los conocimientos proveídos por las asignaturas precedentes, particularmente la de investigación de campo, sepa administrar los recursos con que cuenta para lograr la decisión judicial que pretende.

A tal finalidad, debe saber construir estrategias investigativas, orientadas a consolidar una teoría del caso compuesta colectivamente, y en cuyo favor debe trabajar el equipo conformado. De hecho, esta asignatura tiende a saber administrar los

•Las deficiencias de las estructuras curriculares y una propuesta sustitutiva•

recursos con que se cuenta a favor del propósito seleccionado, teniendo por eje probatorio al investigador que deberá ser la fuente primera de información procesal.

Con tales fines, la asignatura debe comprender y proveer formación en:

- a. Conformación de equipos de trabajo
- b. Administración de casos
- c. Plan metodológico
- d. Construcción sistemática de la teoría del caso
- e. Actividades de investigación
- f. Preparación de los interrogatorios
- g. Interrogatorio y contrainterrogatorio a investigadores

Técnicas de litigio oral

Esta es una asignatura de la cual se han asido las facultades de derecho para formar a los abogados en técnicas de juicio oral, en general, copiando modelos de agencias extranjeras, sin considerar que lo que estas han procurado es perfeccionar conocimientos de personas ya capacitadas.

La improvisación y escasa integración de la asignatura se evidencia, entre otras cosas, porque es propuesta como asignatura electiva, descontextualizada de los programas ordinarios. Por manera que si bien los abogados deben ser formados en técnicas de juicio oral, dicha formación debe surgir dentro de un programa integral dentro de un horizonte de sentido procesal, previamente definido. Es preciso que el abogado, a través de esta asignatura, adquiera dominio sobre los siguientes aspectos técnicos y científicos:

- a. Fenomenología de la percepción
- b. Factores psicológicos influyentes
- c. Teoría del caso
- d. Intervenciones en audiencias preliminares
- e. Intervenciones en audiencia de acusación
- f. Intervenciones en audiencia preparatoria
- g. Intervenciones en audiencia de juicio oral
- h. Práctica del testimonio
- i. Incorporación
- j. Alegatos de conclusión

Pasantías

Conforme a la guía que nos asiste, esto es, descubrir y proponer la guía indispensable para la formación de un abogado apto para intervenir en procesos de corte acusatorio y adversarial, ese conocimiento, así como su concreción práctica mediante el desarrollo de destrezas y habilidades de litigio, debe completarse con prácticas idóneas que los aproxime al espacio judicial con el acompañamiento experto preciso. Teniendo en consideración que los actores del espacio judicial de la Ley 906 de 2004 comprometen posiciones procesales específicas, legalmente determinadas, la aproximación debe orientarse hacia ellos mediante prácticas comúnmente designadas *pasantías* en las siguientes instituciones (el orden no atiende a ningún propósito preestablecido):

- a. Defensoría Pública
- b. Fiscalía General de la Nación
- c. Consejo Superior de la Judicatura: juzgados de todos los niveles
- d. Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Desde los múltiples instantes en que se construyó la Ley 906 de 2004, esto es, durante el curso cumplido en la Comisión Redactora Constitucional, así como por su paso en el Congreso, siempre existió la sensación de no estar construyéndose una institución satisfactoria en cuanto al manejo de la prueba. Ello lo acreditan las voces que proclamaron la necesidad de promover normas futuras que colmaran dichos vacíos, llegando a confiar algunas de las carencias a la producción de manuales.

Y ciertamente, si bien la actividad legislativa se paralizó para los efectos que se echan de menos, sí se dispone en la actualidad de varios manuales. Así, pueden mencionarse el de Procedimiento para Cadena de Custodia, en que se tratan temas tales como el diagrama del proceso de cadena de custodia, procedimientos, documentación del sistema de cadena de custodia y las formas de recolección, embalajes y recomendaciones prácticas para el manejo de elementos material de prueba o evidencias.

De otra parte, debe mencionarse el Manual Único de Policía Judicial, que trata acerca de las competencias de la policía judicial, la indagación y la investigación, la captura, la cadena de custodia y el informe.

Es igualmente conocido el Manual Único de Criminalística, que dispone de una sección técnica, una tercera científica, seguida de otra sobre identificación, además de una adicional acerca de genética.

Por su parte, la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo se encuentra produciendo un manual titulado *El Investigador para la Defensa*, en que se tratan

temas generales de derecho criminal orientados a acercar al investigador a este saber, tales como los principios rectores y las garantías procesales, así como los roles del investigador al servicio de la defensa.

Lo cierto es que dichos textos, valiosos indudablemente, no han prestado el servicio que se esperaba, al menos desde la expectativa creada en la sede legislativa. Particularmente, no han sido objeto de estudio programado para los abogados particulares.

Si bien no se pretende en absoluto, plantear soluciones sociales a fuerza de normas en el horizonte de un positivismo desnudo de cualquier premisa social y humana, venido a menos dentro del “rescate” del personal incorporado al espacio judicial, creemos, por una parte, que el proceso legislativo no se ha completado y, por otra, que a estas alturas de la implementación es preciso agotarlo. Empero, dentro de un horizonte de corresponsabilidad e integración articulada de los campos sociales desde donde germina el elemento del espacio judicial, el legislativo es apenas una manifestación que corre junto con la academia, la judicatura, la defensa pública, la fuerza pública y demás instituciones comprometidas, ligadas todas a la construcción social del espacio judicial, y cada una debe ser exigida en lo que corresponde a su competencia. Por suerte que el legislativo está llamado a proveer dentro de la órbita de competencia que le es privativa los límites intencionales en que pueden moverse los operadores del espacio judicial.

Dentro de esta perspectiva, encontramos que los principales vacíos legislativos identificados apuntan a la regulación de la investigación privada, el intercambio de pruebas con el exterior, el registro y los colegios de abogados litigantes.

Regulación de la actividad de los investigadores privados

Colombia no es un país con tradición investigativa. Es cierto que existe desde mucho tiempo atrás la policía judicial, pero sin embargo sus investigadores actúan en tanto servidores públicos investidos del poder exigir cierto tipo de información, documentos y elementos, en virtud de su potestad.

Pero este es apenas un aspecto de la investigación, pues es preciso desarrollar otro tipo de actividad igualmente investigativa, carente del poder perfilado respecto de la policía judicial.

La percepción social del investigador privado no es afortunada, pues tiende a identificársele como el incursionista de actividades inconfesables, como infidelidades, competencia desleal, o prácticas cuestionables de difícil demostración.

Sin embargo, el campo jurídico concentra buena parte de su capital simbólico en el espacio judicial, y para ello se apoya y desata interacciones precisas, entre ellas las que articulan aquel espacio con los demás escenarios sociales. Y el investigador es un integrador de muchos de esos escenarios, pues es quien materializa los procesos de construcción de la verdad judicial, extrayendo de esos espacios no judiciales los hechos brutos que, incorporados al espacio judicial, sirven de base a ese proceso complejo de construcción social de la realidad.

Tal actividad es profesional, demanda conocimientos específicos, y destrezas no muy bien documentadas que, en tanto pierden reconocimiento se instalan dentro de las interacciones subrepticias y sospechosas de ilegalidad. Luego, la única forma de desaparecer tal percepción, y al propio tiempo de evitar prácticas patológicas, es institucionalizando la actividad mediante regulaciones adecuadas.

Basta considerar la enorme desventaja que acompaña a un investigador privado que, en la actualidad, no dispone sino del derecho de petición para acceder a elementos materiales probatorios y documentos, que las entidades públicas y privadas no están en disposición de facilitar espontáneamente. Más difícil aún resulta la relación de estos con personas tan privadas como ellos, testigos, familiares de los mismos y, en general, proveedores de información valiosa para los fines de la actividad procesal.

Desde este punto de vista, una regulación asociada con la actividad de los investigadores privados debe proveer, fuera de los consabidos marcos axiales de valores y principios:

- a. Identificación de competencias
- b. Desarrollo de las disposiciones pertinentes del artículo 95 constitucional, con miras a establecer los derechos de acceso a información, elementos, documentos y personas, al servicio de la administración de justicia
- c. Órbita de responsabilidad de los investigadores
- d. Probables situaciones de exclusión de responsabilidad dadas sus competencias concretas
- e. Sus deberes y obligaciones para con sus mandantes
- f. Deberes y obligaciones para con la administración de justicia

- g. Condiciones de reconocimiento como investigadores
- h. Condiciones de acceso al espacio judicial
- i. Registro e identificación como investigadores
- j. Control de su actividad: rendición de cuentas, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, intercambio de información y elementos con otros investigadores
- k. Protocolos, procedimientos, ritualidades y formas exigibles

Registro de litigantes

Una de las más lamentables enseñanzas legadas por las prácticas desatadas en el espacio judicial de los modelos napoleónicos practicados en Colombia exhibe que el litigio penal no reclamaba mayores condiciones profesionales. Resultaba tan fácil acceder a ese espacio que bastaba la exhibición de la tarjeta profesional, sin reparar en qué tanto las reales condiciones profesionales del abogado garantizaban el derecho de acceso a la administración de justicia de sus mandantes, cuando no el derecho de defensa técnica, reclamos ya demasiado exigentes como para haberse eximido la sociedad de practicar un control real sobre los mismos.

En fin, cualquiera que ostentara el requisito formal podía acceder al espacio judicial.

Una de las manifestaciones democráticas de la Ley 906 de 2004 es que permite un control social de la actividad de los actores judiciales, no solo, por cierto, de los jueces, sino también de los abogados que en calidad de fiscales, procuradores, defensores públicos o privados intervienen en las audiencias. Esta característica ha facilitado que al menos los jueces reclamen de los abogados más que la ostentación del carné de profesionales registrados, garantizar un adecuado servicio profesional que evite nulidades y pérdidas de todo orden a la administración de justicia.

Sin embargo, no es una medida suficiente, si se quiere ver el ejercicio del litigio desde la perspectiva del procesado o de las mismas víctimas, pues los errores de sus representantes pueden tener efectos preclusivos tanto procesales como sociales, términos que concluyen, pruebas que se pierden, argumentos que se descuidan, postulaciones ignoradas o mal propuestas, en fin, situaciones que de numerarlas

podrían ser interminables pero que afectan negativamente la razón de ser de la justicia, degradando al ser social por exceso o defecto de sus acciones.

En las condiciones de calidad actuales, la tarjeta profesional no es garantía de calidad del servicio profesional, y si bien existen acciones legales, civiles y disciplinarias, incluso penales, para enmendar los errores, ello acontece *a posteriori*, cuando ya se han consumado oportunidades, decisiones, y alternativas de realización de pretensiones.

El grueso del trabajo de campo desarrollado durante el presente proceso que contribuye a la construcción del sentido judicial evidencia cuán real es el aserto. Pero ser abogado genera una apariencia peligrosa, no solo porque hay abogados que viviendo del litigio prefieren satisfacer sus necesidades antes que sopesar sus condiciones e idoneidad, lo cual difícilmente puede cuestionarse, sino porque muchos de ellos han engañado a los usuarios de la administración de justicia, ofreciéndose como “expertos en sistema acusatorio”, tal y como ha podido leerse en anuncios públicos de servicios profesionales. Y los resultados han sido desastrosos para los procesados, quienes tras pagar honorarios frecuentemente cuantiosos terminan buscando el servicio de defensoría pública, y el defensor cuanto puede es intentar minimizar las consecuencias de los errores cometidos.

Una medida deseable tendiente a paliar tales riesgos puede ser la construcción del registro de litigantes. Es que de la misma forma que no puede officiar como conciliador cualquiera por el hecho de ser profesional, sino que debe calificarse concretamente como conciliador, debemos partir de una realidad clara que informa que no todo abogado por el hecho de serlo opta por ser litigante. Luego, el serlo debe comprometer haberse formado para ello, puesto que no cualquier abogado sabe litigar.

Desde este punto de vista, debe haber un registro en donde figuren los profesionales que han cumplido una especificidad curricular mínima, de manera que el Estado garantice haber exigido requisitos adicionales de idoneidad. Desde luego, la medida es objetable en el entendido de que ello tampoco garantiza la calidad del servicio, pero es entonces cuando se activa el sentido de responsabilidad social, y se hace exigible a la academia producir profesionales de características comprobables.

Por lo demás, se prestaría un buen servicio a la sociedad si este registro, alejándose de la forma como funcionan los registros profesionales, tuviera un

término de vigencia, al cabo del cual la renovación se condicione a la satisfacción de pruebas que demuestren la actualización del abogado, o al menos corrobore su idoneidad.

Por consiguiente una normatividad sobre el registro nacional de litigantes debería observar:

- a. Condiciones de ingreso
- b. Término de permanencia
- c. Condiciones de renovación
- d. Acreditación de la condición de litigante registrado
- e. Métodos de publicación del registro
- f. Situaciones de exclusión

Por otra parte, esta sería una oportunidad excepcional para regular la conformación de sistemas corporativos de litigantes, como los colegios de ellos, en que reestablezcan claras reglas que faciliten el acceso y permanencia al registro. Se sabe que estas formas colegiadas producen efectos deseables que sientan las bases de metodologías de actualización, y defensa de intereses corporativos e individuales de estos profesionales, así como la forma de precaverse riesgos profesionales, y protección cuando se han consolidado.

Relaciones judiciales internacionales

Una de las más graves falencias que registró la Ley 906 de 2004, acaso aún no suficientemente evidenciada pero que en cualquier momento se hará evidente, es la pésima regulación sobre este particular.

En efecto, la transcripción grosera de las disposiciones que integraron las relaciones judiciales con autoridades extranjeras de la Ley 600 de 2000 fue una pésima alternativa, que evidencia una muy precaria comprensión de los alcances que tuvo la reforma. En efecto, las normas relacionadas con el intercambio de pruebas de la Ley 600 de 2000 están pensadas para una forma de enjuiciamiento penal napoleónico, con jueces dotados del poder instruir y fiscales con facultades jurisdiccionales, así como con conservación de pruebas.

La incompatibilidad de las disposiciones con el nuevo modelo de proceso penal es inevitable, luego la transcripción definitivamente inapropiada. Empero, habiendo ocurrido, surgieron problemas manifiestos. En efecto, no se crearon las

audiencias pertinentes para la toma de decisiones en los procesos de intercambio probatorio, recreando por esta vía facultades jurisdiccionales a los fiscales, cuando ningún régimen acusatorio y adversarial tradicional ha privado a los jueces de dicha potestad. Por otro lado, se impartió al fiscal la facultad de practicar pruebas, lo cual es opuesto a la esencia del proceso acusatorio y adversarial. Y, por si fuera poco, no se atribuyó a la defensa la más mínima opción de acceso a evidencia producida en el exterior, antes bien parece haber cercenado cualquier opción.

Para evidenciar los alcances del problema legislativo, se incluye un estudio que guía las modificaciones legislativas que urge este tema, profundamente ligado al más general del manejo de la prueba, en un aspecto especializado del mismo.

Cooperación judicial recíproca

El intercambio de pruebas con el exterior, asistencia judicial internacional o asistencia judicial recíproca constituye objeto de tratamiento en todos los instrumentos internacionales de derecho penal¹¹⁸.

Si comparamos nuestras normas con las del derecho internacional, apreciamos que la tendencia de nuestra legislación es seguir de cerca los pasos de la ley internacional en cuanto al intercambio de pruebas con el exterior.

Es así que mientras la justicia regional tuvo un régimen propio de intercambio de pruebas con el exterior¹¹⁹, la Ley 600 de 2000 incorporó normas específicas de intercambio en materias como la extinción del derecho de dominio.

Pero, sin embargo, la temática es cada vez más universal y en consecuencia progresiva y aglutinante, entendiendo que si bien contamos con un nutrido sistema de instrumentos internacionales bilaterales¹²⁰ y multilaterales, en una proporción distinguida se trata el intercambio de pruebas con base en las leyes internas, y en todo caso, al aplicarse un instrumento internacional es inevitable la remisión a las normas internas como quiera que los requerimientos se ejecutan conforme a la ley local del país donde hayan de practicarse¹²¹.

118 La Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la Convención contra la delincuencia transnacional organizada, o el Estatuto de Roma.

119 Decreto 1303 de 1991, incorporado como legislación permanente por el decreto extraordinario 2265 de 1991

120 Cfr. Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*.

121 Moya Vargas, Manuel Fernando. *Relaciones Judiciales en Materia penal con Autoridades Extranjeras*. Editorial Gustavo Ibáñez.

No siendo discutible su importancia, la Ley 906 de 2004 desarrolla en el Libro V la cooperación internacional. Sin embargo, las disposiciones contenidas en los artículos 484 a 517 se limitaron a reiterar las de la Ley 600 de 2000, sin reparar en que estas fueron concebidas para un sistema de corte inquisitorial.

Las consecuencias del traslado impensado de las normas son:

- a. No se concedió a la defensa la posibilidad de acceder a evidencia existente en el exterior.
- b. La Fiscalía General de la Nación, por ser autoridad central, mantiene el monopolio del acceso a las autoridades extranjeras.
- c. No existe un procedimiento apropiado para cooperar con autoridades extranjeras.
- d. Pese a que debe ser un juez de la República quien decide si entrega evidencia a cualquier autoridad extranjera, por ser una decisión judicial que involucra intereses específicos de la Administración de Justicia, dicha potestad fue atribuida a la Fiscalía, sin ningún control judicial.

En estas condiciones, la comprensión de las normas relacionadas con intercambio de pruebas vuelve sobre lo previsto en la Ley 600 de 2000, la cual no responde a las naturales exigencias de un enjuiciamiento acusatorio de corte adversarial.

La única modificación fue haber introducido la circular roja de Interpol como base de captura.

En cambio, en contradicción con la esencia del nuevo enjuiciamiento, facultaron al fiscal y al juez para librar comisiones probatorias a los cónsules y embajadores de Colombia, para que “practiquen pruebas” en el exterior.

Si bien introdujeron una especial disposición en materia de comparecencia de testigos, mediante el artículo 486, no distinguieron si se trata de testigos requeridos por autoridad colombiana o por autoridad extranjera, pese a que una y otra posibilidad entrañan particularidades especiales.

Régimen de la Ley 906 de 2004

De acuerdo con el cuerpo del Código Procesal Penal, la cooperación judicial tiene tres aspectos: el intercambio de pruebas, la extradición y el exequátur.

Referiremos el intercambio de pruebas, dejando para una exposición posterior los otros dos, por la amplitud que tiene cada uno.

El intercambio de pruebas debe ser abordado desde varios aspectos generales y dos especiales. Los generales se refieren a las autoridades competentes, los medios, el contenido de las solicitudes y su iniciativa, el trámite y la legislación aplicable. Las dos segundas responden al origen de las solicitudes, es decir, si se trata de requerimientos o solicitudes.

Clases

A fin de allegar pruebas cuyo objeto o medio se halle en territorio extranjero o ante autoridad extranjera, o su obtención o trámite implique la intervención de autoridad extranjera, la ley ha contemplado diversas alternativas.

El Decreto 2700 de 1991 incluía las cartas rogatorias, los exhortos y las Notas Suplicatorias.

La Ley 600 del 2000 creó una figura adecuada al concepto de comisión judicial internacional, conservó las Notas Suplicatorias, y readecuó los mal llamados exhortos a lo que son en realidad, es decir, comisiones judiciales.

La Ley 906 de 2004 tiene las solicitudes de cooperación judicial y las comisiones a cónsules y embajadores, que si bien ahora los designa “requerimientos”, por su naturaleza responden a las características de los llamados “exhortos”. Se tiene igualmente la nota suplicatoria (artículo 388), si bien no se dispuso de un procedimiento concreto para el evento en que lo requiera el defensor o el procesado.

Autoridades competentes

La ley internacional refiere dos tipos de autoridades: las de trámite y las ejecutoras, aunque nada obsta que las dos condiciones coincidan en una misma, como ocurre en Colombia con la Fiscalía General de la Nación.

Las primeras son designadas internacionalmente como “autoridades centrales”, que son las señaladas por cada Estado para recibir y transmitir las solicitudes.

Las autoridades de ejecución son ordinariamente judiciales. La razón es que la decisión de entregar evidencia a otro Estado puede comprometer aspectos esenciales del ejercicio de la acción penal, por ejemplo, el tipo de jurisdicción involucrada (estatutos), si es procedente desde un punto de vista legal, si las legislaciones involucradas son compatibles y, en fin, si desde la perspectiva política con que se presta el servicio de administración de justicia es apropiado a los valores y principios constitucionales.

Medios

Se identifican dos particularmente en la legislación internacional: el directo y el diplomático.

El primero permite la comunicación directa entre autoridades centrales, mientras que en el caso del segundo la comunicación entre autoridades centrales se encuentra mediada por la intervención de las diplomáticas, esto es, las Cancillerías.

La Ley 600 de 2000 incorporó en la legislación nacional la vía directa como preferente, dadas sus ventajas prácticas, lo cual es seguido por la Ley 906 de 2004 (artículo 485).

De cualquier manera, la ley internacional faculta para que se opere de conformidad con la ley interna, aun cuando recomienda que se procure la vía directa como preferente.

Contenido de las solicitudes

Casi todos los instrumentos internacionales indican lo que deben contener las solicitudes de asistencia judicial internacional. Son ellos la autoridad requirente, el tipo de proceso, la identidad del procesado, los hechos que motivan la actuación, el delito que se investiga, el estado del proceso, lo que se requiere específicamente, la oferta de reciprocidad, las condiciones que se solicita aplicar, el compromiso de dirigir las evidencias exclusivamente al proceso o causa que motiva la petición.

Desde luego, los Estados parte pueden incrementar dicha información e, incluso, atenuarla, dependiendo de la naturaleza del asunto y, en todo caso, la ley interna.

Por su parte la Ley 600 de 2000 indicó la mínima información que permitiera ejecutar la solicitud, a no ser que el Estado requerido exigiera otra cosa. La Ley 906 reiteró la disposición.

En cuanto a la iniciativa, el artículo 485 de la Ley 906 reprodujo el 503 de la Ley 660, dejando fuera a los procesados y los defensores.

De la misma manera, señala la Ley 906 que las solicitudes deben surgir de casos investigados o juzgados en Colombia, lo cual pone en cuestión si son excluyentes las pruebas que por esta vía se obtengan durante las indagaciones.

En cuanto al objeto de las solicitudes, fue determinado en la Ley 600 como “recaudo de pruebas o de información o cualquier otro tipo de asistencia”. La Ley 906 indica “cualquier tipo de elemento material probatorio o la práctica de

diligencias que resulten necesarias”. Entre las diligencias se comprenden, por ejemplo, las entrevistas.

Quienes pueden tener iniciativa para requerir a través de la autoridad central la cooperación judicial internacional son los jueces, los fiscales y los jefes de unidad de policía judicial.

En el sistema acusatorio no es atendible que un juez pueda ejercer tal facultad. Es claro respecto del fiscal y los investigadores. Pero fueron dejados fuera los defensores, los investigadores de los defensores y los procesados.

Al respecto, es importante estimar que conforme a la ley internacional los documentos aportados por autoridades extranjeras directamente se presumen auténticos y veraces. No así los que puedan obtener personas particulares, quienes deberán someterlos a los trámites diplomáticos consecuentes.

Tratándose de otro tipo de evidencia que requiera la defensa, por ejemplo, elementos que integren una actuación penal en el exterior, serían prácticamente imposibles de obtener por cuanto difícilmente las autoridades extranjeras accederían a hacer su entrega a un particular.

En el régimen de la Ley 600, no había inconveniente por cuanto el derecho de postulación aplicaba incluso para el recaudo de pruebas a iniciativa de cualquier sujeto procesal, a través de la Fiscalía o de los Jueces.

Trámite

Pese a no encontrarse descrito en la Ley 906, la Resolución 24 de 2002 lo refirió.

Si bien dicha resolución desarrollaba las normas correspondientes de la Ley 600, en cuanto al trámite no parece haber incompatibilidad.

Debe el fiscal elaborar un escrito en que se introduzca la información prevista como contenido necesario de la solicitud. La dirige a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía, en donde será revisado formalmente, traducida si es necesario, y remitida con base en la legislación aplicable a la autoridad central del país requerido por el fiscal, si de vía directa se trata, o al Ministerio de Relaciones Internacionales, si es la diplomática.

Llegada a la autoridad central del Estado requerido y dirigida mediante este a la autoridad competente para ejecutar, debe proceder a determinar si se admite o

no, si se condiciona o se aplaza. Cualquiera de las decisiones debe ser transmitida a la autoridad requirente para que disponga lo que corresponda.

Si es admitida o la autoridad requirente admitió las condiciones, complementó la información, etcétera, se procede a la ejecución. Obtenido el objeto, debe remitirse por la misma vía de recepción.

Llegada la respuesta a la Oficina de Asuntos Internacionales, procede a su legalización, si a ello hay lugar, traducción, etcétera y finalmente a la entrega al fiscal que requirió la asistencia.

Legislación aplicable

Todo intercambio de pruebas compromete normalmente tres legislaciones, o al menos dos.

Ello porque el marco legal general se encuentra determinado por los instrumentos internacionales. Las solicitudes deben adaptarse a tales convenciones o acuerdos, pero se ejecutará con base en la ley del país requerido, y se evaluará con base en la ley del país requirente.

Incluso, el requirente puede solicitar al requerido aplicar su propia ley en aspectos que no riñan con su legislación interna.

La importancia de la presunción de legalidad de las pruebas practicadas radica, justamente, en que deben realizarse con base en la ley del país requerido, que por no ser necesariamente conocida en el país requirente, de lo contrario se requiere la llamada prueba de derecho extranjero, a la cual se somete la evidencia obtenida por particulares en el exterior.

Traslado de funcionarios

El principio de inmediación impone la exhibición de evidencia ante el juez.

La existencia de evidencias en territorio extranjero ordinariamente permite el traslado de los funcionarios competentes, lo cual se condiciona a que el país requerido autorice la presencia del funcionario en su territorio.

En el sistema mixto e inquisitivo no existen mayores dificultades, por cuanto la prueba no tiene que ser originada, en tanto prueba, necesariamente ante el juez, además la posibilidad de comisionar facilita aún más las cosas.

Pero en los enjuiciamientos acusatorios no parece ser una solución plausible el traslado del juez, por cuanto sería improbable en términos materiales el traslado de la audiencia al exterior, fuera, desde luego, de los cuestionamientos legales que tal evento conllevaría.

Para ello se previó el traslado de testigos (artículo 486), lo cual se condiciona no solo a la autorización de la autoridad competente en el Estado requerido, sino además el consentimiento de la persona dispuesta a testificar.

En los sistemas acusatorios se acostumbra solicitar al Estado requerido practicar el interrogatorio correspondiente, mientras las autoridades requirentes filman la diligencia, para incluirla como evidencia en el proceso para el cual se solicitó.

Sin embargo, la posibilidad de implementar esa opción en Colombia parece distante, por la inexistencia de comisiones, el traslado de las partes e, incluso, de intervinientes como el Ministerio Público.

De cualquier forma, para poder practicar pruebas en el exterior deben agotarse las instancias existentes. En el caso de los fiscales y, según la norma del artículo 486, también los jueces deben obtener autorización del competente del país donde esperan actuar.

Sin embargo, al menos tratándose de fiscales, se precisa además la autorización del Fiscal General de la Nación.

Exhortos

En el régimen de la Ley 600 de 2000, los cónsules y embajadores podían ser comisionados a fin de practicar las pruebas que en el país donde nos representan les sea permitido. Normalmente podían practicar diligencias que no comportasen coerción, como recabar información, recibir testimonios –aunque algunas legislaciones como la francesa prohíben recepcionar testimonio de sus propios nacionales–, obtener copias, informar sobre el derecho extranjero, etc.

Por ello, se estimaba que las comisiones a los cónsules y embajadores no resultaban ser estrictamente medios de asistencia judicial internacional, empero con características que los semeja, por el hecho cierto de tener que observar juiciosamente la ley local.

Pero en el régimen de la Ley 906 de 2004, habiendo desaparecido las comisiones, los cónsules y embajadores tendrían la condición de “investigadores” convirtiéndose seguramente en testigos.

Hubiese sido viable que les hubieren atribuido funciones de policía judicial en cuanto a su ámbito de competencia.

Reserva

Aun cuando no está prevista en la ley interna, los tratados y la costumbre internacional señalan que por principio las solicitudes y sus anexos son reservados. En caso que por la naturaleza de la solicitud sea necesario levantar la reserva total o parcialmente, es necesario que antes de hacerse se informe al país requirente de tal eventualidad y proceder únicamente cuando exprese su consentimiento.

Limitaciones a la utilización de las pruebas

Se reconoce en los más importantes instrumentos internacionales para el intercambio de pruebas, como la Convención de Viena Sobre Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas de 1988, que las pruebas aportadas por un país en desarrollo de asistencia judicial internacional no podrán ser utilizadas por el país requirente sino para los fines reconocidos en la solicitud.

De ser necesaria su utilización en actuación diferente, debe ser autorizada por el país requerido, es decir, el que prestó la asistencia.

En el sentido contrario no existe limitación. Es decir, si surge noticia criminal o elemento de prueba en la documentación soporte de una solicitud, el país requerido podría utilizar dicha información y documentos, sin previa autorización del país requirente.

Medidas sobre bienes

La Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, así como otros instrumentos de cooperación judicial internacional, vienen previendo la posibilidad de solicitar medidas preventivas y definitivas sobre bienes ubicados en nuestro país.

El tema no recibió tratamiento alguno en el Decreto 2700 de 1991, y los redactores del manual para el intercambio de pruebas con el exterior tampoco asumieron el tema.

Se concluyó que cuando a Colombia le eran requeridas este tipo de medidas, podían ocurrir las siguientes hipótesis:

- a. Medidas preventivas: no se discutía su viabilidad.
- b. Medidas definitivas: se podían dar dos opciones, por un lado que estuvieran dirigidas sobre bienes afectados en un proceso penal, caso en que podía por medio del comiso proceder a ejecutar la solicitud. La segunda opción señalaba que se tratara de bienes no afectos a ningún proceso, caso en que no existía más alternativa que abrir una acción de extinción del derecho dominio.

No obstante, eran estas conclusiones doctrinarias en cuanto ninguna ley de la República había asumido el tema. Por ello se simplificó por medio de la norma el trámite de las medidas definitivas sobre bienes vía asistencia judicial internacional.

Entonces cuando se requiere una medida preventiva, fundamentalmente se procede a su ejecución conforme a la normatividad existente. Pero si lo que se requiere es la extinción del derecho de dominio, la autoridad extranjera debe remitir la orden judicial de extinción a la Fiscalía General de la Nación. Esta verificará si dicha orden es ejecutable en Colombia, caso en el cual adoptará con base en ella una decisión equivalente a la providencia que dicta el fiscal dentro de la acción de la Ley 793/02, declaración de la procedencia de la extinción. Acto seguido debe dirigirla al Juez quien decidirá mediante sentencia.

Este procedimiento tiene fundamentalmente el propósito de verificar el cumplimiento de las debidas garantías y respeto a los derechos de las personas afectadas con la decisión.

La redacción inicial de la norma de la Ley 600 de 2000 (artículo 507), reproducida en el parágrafo del 489 de la Ley 906, incluía dos párrafos donde se preveía el reparto de los bienes entre los Estados, previa disminución de los derechos de terceros de buena fe y derechos patrimoniales de las víctimas, de común acuerdo o mediante tribunal arbitral.

Sin embargo se suprimió, volviendo a la situación inicial, es decir, total ambivalencia en este punto. Lo que no es aconsejable en cuanto los instrumentos internacionales siempre remiten a la ley interna en lo que al tema atañe.

Remisión de procesos

Si de acuerdo con el artículo 15 del C.P. y demás concordantes se constata la posible existencia de un reato no cobijado entre las previsiones de extraterritorialidad, o porque el imputado o sindicado resulte estar amparado por fuero de juzgamiento (ver Convenciones de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares), debe dirigirse la actuación e información con que se cuente, mediante solicitud de asistencia judicial, requiriendo a la autoridad competente dar lugar a la actuación judicial que corresponda, e informar sobre su desarrollo a la autoridad requirente.

Rechazo

Las causas de rechazo reconocidas por la costumbre internacional, son:

- a. La solicitud no llene los mínimos requisitos para poderse ejecutar
- b. Resulte manifiestamente opuesta a la legislación del país requerido
- c. Se concluya que ejecutar la solicitud comporte atentar contra la soberanía o seguridad nacional del país requerido

Previamente a rechazarse una solicitud de asistencia judicial internacional por las dos últimas causas consideradas, debe contarse con el visto bueno del Fiscal General de la Nación, o del funcionario en quien delegue esta atribución.

LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN

Una función caracterizada por no apoyarse en la fuerza derivada de un instrumento ineludible como es la ley se cumple a través de las actividades de implementación confiadas en el artículo 5° del Acto Legislativo 02 de 2003, a la Comisión Constitucional, cuyo objetivo es crear las condiciones de práctica de la nueva forma de enjuiciamiento.

Lamentablemente, esta función no tuvo el realce que merecía, acaso porque se le otorgó a la función redactora mucha más importancia, amén del periodo tan precario que se tuvo para la creación de las distintas normas y las reformas concernientes, lo cual reclamó e impuso una reconcentración en dicha actividad. Esta condición conllevó a una distinción de funciones que terminó por el ejercicio paralelo de la redacción del código y la implementación, con desmedro de esta última, tanto que basta recordar –o saber– que a las reuniones de implementación raramente asistió quien lideraba la Comisión. Además, los representantes de las instituciones no eran los mismos para las dos funciones, profundizando aún más el paralelismo, ni hubo tan siquiera reuniones conjuntas, si bien periódicamente los representantes constitucionales de las distintas instituciones que integran la Comisión eran enterados del desarrollo de las reuniones cumplidas y las labores agotadas.

Aún así el trabajo de implementación continúa, y nada obsta que pueda mejorarse, sea desde el escenario de la Comisión u otros, y con el propósito de contribuir desde la academia señalamos los aspectos en que podría incidirse.

Desarrollo y promoción de procesos de investigación

Entendida la investigación como el desarrollo de procesos de descubrimiento e identificación de las prácticas sociales, así como de las subsecuentes interacciones constituidas a partir de su ejercicio, en orden al establecimiento de las transformaciones funcionales o disfuncionales que generan, no parecen existir campos sociales ajenos o refractarios a esos métodos de acceso. Bien que algunos de esos espacios puedan oponer más o menos resistencia, son menos los inaccesibles, y el judicial no hace parte de los mismos, antes bien, el colombiano en particular reclama como condición de desarrollo que el estudioso se aproxime a él con la idea de reconocerlo, para que a partir de la experiencia antepredicativa que tal ejercicio provee pueda impactarse mediante métodos diagnósticos serios.

Se ha hecho referencia a la forma como tradicionalmente se ha desatado el espacio judicial en el país, es decir, fuera de contextos interdisciplinarios y transdisciplinarios de análisis, lo que conlleva a constantes desencantos, fruto del desespere y la improvisación prodigada por una práctica constante consistente en ver el campo jurídico como objeto discursivo, que se agota en el desarrollo ideográfico de conceptos, pero raramente se postula dentro del horizonte de ingreso mediante la observación.

Cualquiera que haya estudiado derecho en Colombia ha escuchado como crítica constante la llamada “importación” de instituciones, pues ha sido señalada cierta actitud repetitiva que aventaja la otra creativa y proactiva en la producción de instituciones jurídicas.

Y en rigor, que se traigan instituciones diseñadas en otros medios no puede considerarse por sí una mala práctica; como tampoco lo es valerse de descubrimientos u obras forjadas fuera del territorio, a condición que sean funcionales y sistémicas al medio en que se injertan y, por consiguiente, presten el servicio a favor del cual se crearon. Sin embargo, teniendo en cuenta que las instituciones son instrumentos al servicio de la generación de la realidad social, no pueden constituirse sin mejor criterio que el de la necesidad de hacer cambios, es decir, sin diagnósticos preliminares que midan las probabilidades funcionales y sistémicas de su ejercicio. Desde este punto de vista, y contrario a las mínimas recomendaciones que concitan la prudencia, el país se ha venido acostumbrando, hasta creer que no hay otra opción,

•La comisión de seguimiento frente a la implementación•

a que la improvisación y el ejercicio arbitrario de las aventuras legislativas es la forma de *intentar* mejorar el estado institucional de la sociedad.

Cuando se concluyó la existencia de graves disfunciones del espacio judicial colombiano, se señaló la urgencia de reformar el proceso penal. Acaso, ¿la fuente de los problemas era la Ley 600 de 2000?, ¿estaba mal hecha?, ¿por qué no considerar que los operadores del espacio judicial pudieron haber tenido algún tipo de influencia sobre los resultados?, ¿por qué no pensar si el Estado disfuncionó al no proveer los recursos precisos para la obtención de los resultados que se esperan de la administración de justicia? Nada de esto se sabe, pues las únicas expresiones diagnósticas, como ha sido costumbre, se agotaron en las experiencias personales, aisladas y descontextualizadas de algunos abogados, como si el espacio judicial fuera monopolio óptico de sus esquemas mentales.

Ciertamente, no se dispuso, porque no se quiso, del saber del sociólogo, del antropólogo, del psicólogo social, del economista, del historiador, ni mucho menos del usuario del servicio de la administración de justicia, para diseñar una estrategia de optimización de la misma. ¿Cómo entonces puede llegarse a la conclusión, conforme a la cual la solución a los problemas del espacio judicial colombiano se logra modificando el modelo procesal, cuando todavía se ignora qué fue lo que disfuncionó dentro del sistema? En estas condiciones, la Ley 906 de 2004 difícilmente supera el estándar conocido de otra aventura legislativa más.

Y si bien el panorama parece bastante oscuro, hay algo importante que puede hacerse aún, y es saber mediante metodologías científicas que arrojen resultados comprobables qué tanto se está logrando con la tentación que ha sido el ejercicio del llamado sistema acusatorio.

Qué estamos haciendo de él es una cuestión interesante, que permite anticipar los fundamentos de una auténtica reforma judicial. La clase de procesos investigativos como el que aquí se ha desatado tienen un propósito: incursionar en el espacio judicial para construir metodologías de integración sistémicas a partir del diagnóstico de disfunción de las interacciones judiciales.

Es el único método afortunado de procurar construir un espacio judicial ajustado a los marcos institucionales que, partiendo del programa constitucional, apuntan a la realización de los valores involucrados.

Si bien hemos impactado apenas un aspecto de ese espacio, existen muchos otros que precisan el mismo ejercicio para integrar procesos ordenados al

redescubrimiento y a la reconstitución de la administración de justicia, en términos de justicia material. Desde luego, no deben agotarse esos procesos en el método de los observatorios basados en estadísticas nudas, puesto que no resultan apropiados a un propósito tan abandonado hasta el momento como es la aproximación a la justicia material, y los que existen no contraerlos a criterios estereotipados como la medición del tiempo de duración de las audiencias, a fin de evitar constituir síntomas desviados del juego económico que subyace al judicial. Antes bien, lo que el país demanda es reivindicar hasta el cansancio, y aún seguir persistiendo después de él, sobre la urgencia de realizar los derechos y garantías de las personas que acceden al servicio de la administración de justicia.

Creación de textos especializados

El recurso a la doctrina como método de medición del estado del arte resulta indispensable; tal premisa, desde una visión investigativa de construcción de conocimiento y descripción objetiva de la realidad social, no ha sido cuestionada. Pero agregamos que, además, constituye una fuente de información para fines investigativos adicionales, por cuanto se refleja directamente en el campo jurídico, donde termina por constituir uno de los capitales simbólicos más importantes: el discurso y el método profesionales. Es decir, la forma como se construye el trasfondo teórico en que se sustenta el contenido epistemológico de una expresión social, en este caso particular, el manejo de la prueba. Por otro lado, el método surge como ejercicio especializado del discurso, mediante el cual se constituye verdad procesal dentro del espacio judicial.

Con esta perspectiva, este proceso se aproximó a la doctrina en el propósito de identificar si existen fuentes discursivas bastantes para informar a un país que se halla en plena individuación de una institución cómo es el proceso penal de corte acusatorio y adversarial. Tal aproximación arrojó resultados con base en los cuales surgen propuestas concretas susceptibles de liderarse desde la Comisión Constitucional en su función de implementación.

Prueba testimonial

Hemos encontrado que el testimonio es objeto de tratamiento más o menos frecuente en los textos de derecho procesal penal y probatorio, nacional y extranjero,

•La comisión de seguimiento frente a la implementación•

por manera que disponiéndose de una base de 145 textos de consulta asequible a cualquier estudioso de derecho, el 47% provee información acerca de las primeras aproximaciones que deben hacerse, particularmente cuanto hace a la entrevista con los testigos.

Acerca de la preparación de los testigos, el 45% de los textos son apropiados en el entendido de que informan sobre este particular aspecto del manejo de la prueba testimonial.

Acerca de la solicitud y el descubrimiento de los testigos, encontramos que, del global del material bibliográfico, el 38% informa sobre el particular.

El tema de la incorporación a través de los testigos es un tema del cual se ocupa relativamente la doctrina, pues se puede hallar información en el 34% de los mismos.

Acerca de la práctica de la prueba testimonial, entendiendo por ello los interrogatorios, contrainterrogatorios, redirectos y recontrainterrogatorios, o como lo señala la ley, los interrogatorios cruzados, el 41% de los textos toca este tema.

Si bien, como puede verse, es más alto el porcentaje de textos que no se ocupan de los temas identificados, al decir que un determinado porcentaje de libros asume el desarrollo de uno u otro aspecto del manejo de la prueba testimonial no se pretende que agote el área dentro del mismo; puede ser que al menos provea información elemental sobre el particular, pero lo señalamos en la medida en que el nudo hecho de referirlo ya constituye una base formación puesto que el lector al menos se informa sobre la existencia del aspecto concreto del manejo de esta prueba.

Documentos

El recaudo e investigación orientados a la obtención de documentos para ser llevados a juicio oral es un tema tratado en el 43% de los textos que refieren la prueba documental.

La solicitud y el descubrimiento, por su parte, son asumidos en el 28% de los textos. La incorporación de documentos se trata en el 23% de los mismos, mientras que la práctica, exclusión y objeción de documentos fue referida en el 28% de ellos.

Como puede apreciarse, es mucho más insuficiente el tiramiento de la prueba testimonial que la testimonial, en cuanto tiene importancia en desarrollo de los procesos de corte acusatorio y adversarial.

Evidencia física y elementos materiales probatorios

La investigación y el recaudo de la misma es tratada apenas en el 14% de los textos consultados, si bien es referida apenas en 21 libros de los 145 consultados.

En el mismo bajo porcentaje ha sido objeto de desarrollo en cuanto se refiere a la preparación y conservación. Y prácticamente se conserva el mismo ritmo en punto al descubrimiento y la solicitud.

La incorporación de evidencia física y elementos materiales probatorios fue asumida nada más que en el 10% de los textos, mientras que la práctica, las objeciones y las exclusiones de la misma ocuparon a los autores en el 14% de los textos producidos.

Como puede apreciarse, el manejo de esta prueba, con un desarrollo apropiado a la forma de enjuiciamiento acusatoria y adversarial, esto es, apropiada para un espacio judicial como el de la Ley 906 de 2004, resulta significativamente insuficiente, al menos en cuanto se compara con el mismo tratamiento impartido a otros medios como el testimonial.

Experticios

El tema del recaudo e investigación, en cuanto se asocian con la obtención de lo que se ha llamado “prueba técnica”, registra ser tratada en el 40% de los textos analizados.

La preparación y conservación asociada a los experticios, particularmente relevante respecto de los objetos sujetos a la verificación y análisis técnico-científico, se asumió en el 39% de los textos, mientras que la solicitud y descubrimiento no fue objeto de desarrollo sino en el 32% de ellos.

En cambio, el tema de la incorporación de la prueba técnica fue objeto de tratamiento en el 24% de los libros. Lo relacionado con su práctica procesal, desde luego, su exclusión y objeción, mereció la atención de los autores en el 30% del total de textos analizados.

•La comisión de seguimiento frente a la implementación.

Si comparamos estos datos concluyentes con la importancia que le impartió el Congreso de la República a la llamada prueba técnica, frente al desarrollo literario que ha merecido el medio probatorio en el país, debemos concluir la manifiesta falta de correspondencia, puesto que debería ser uno de los temas más y profundamente desarrollados, situación que evidentemente no opera de la forma como el legislador lo manifestó.

Inspección

Cuanto hace al recaudo y la investigación que preceden y justifican la inspección, los autores se ocuparon en el 30% de los textos al desarrollo del tema en particular, mientras que en relación con su práctica, las reglas de exclusión y objeción relacionadas con este medio, ocuparon apenas el 26% de los textos.

Recomendaciones en concreto

Como puede apreciarse, el desarrollo doctrinal del manejo de la prueba no parece corresponder con el momento que vive el país. Es así como aparece al contrastar la formación de los abogados frente a las exigencias que en punto al manejo de la prueba les plantea es esquema procesal acusatorio y adversarial; en términos generales, no han sido preparados por las academias para acceder al espacio judicial de la Ley 906 de 2004, lo que crea un vacío significativo, y que de alguna manera podría procurar colmar la doctrina mediante la producción de textos apropiados a informar a los abogados, a través de un esfuerzo propio o personal de actualización.

En estas condiciones es deseable desatar, bajo la tutela de la Comisión, un proceso coordinado, junto con la academia superior, en que se produzcan las bases discursivas necesarias que constituyan una guía esencial para los abogados en formación y una alternativa de formación permanente para los abogados ya formados, a partir de los siguientes productos vertidos en textos o módulos básicos de formación capacitación:

1. *Reglas de evidencia.* A la manera como ha sucedido en países con tradiciones acusatorias y adversariales significativas, urge en la actualidad que una entidad con la suficiente solvencia política y jurídica fije los criterios bajo los

cuales se debe producir, manipular, descubrir, introducir, etcétera, la evidencia física y los objetos materiales probatorios.

Por esta vía se puede constituir una guía que, de un lado, desembarace a los abogados en la actualidad y, simultáneamente, conforme un instructivo idóneo que, más que un texto de consulta, constituya una fuente de conocimiento para abogados, jueces, fiscales y cualquier operador del espacio judicial.

2. *Textos básicos guías.* Otra forma adecuada de solventar al espacio judicial frente a las falencias detectadas es proveer de manuales básicos que guíen acerca de la producción literaria que se requiere. No se pretende que la Comisión disponga la producción de manuales necesariamente, pero que al menos informe acerca de las necesidades concretas que por la vía de la producción literaria pueden atenderse.

Así, por ejemplo, pueden informar acerca de qué se requiere desarrollar en textos sobre técnicas de interrogatorio cruzado, o qué aspectos precisan ilustrarse en materia de manejo de evidencia.

Es deseable que este ejercicio se procure en relación a cada uno de los medios de prueba, de suerte que los productores de textos sepan de una forma más precisa qué es lo que debe ser escrito en la actualidad para satisfacer las demandas detectadas en el espacio judicial.

De la misma forma, este tipo de guías pueden ilustrar a los comercializadores de textos acerca de qué clase de libros deben importarse para satisfacer, al tiempo que sus intereses comerciales, las verdaderas necesidades registradas por la administración de justicia criminal.

3. *Promoción de un nuevo modelo curricular.* Si bien ya hemos hecho referencia a las demandas planteadas, en términos de formación profesional, a los abogados que pretendan incursionar en el espacio judicial concretado mediante la Ley 906 de 2004, no basta hacerse consciente de tales requerimientos si no existe la debida divulgación y lideración del proceso de transformación.

La academia superior está amparada por el principio constitucional de autonomía universitaria, con base en el cual se encuentran amparadas de incursiones indebidas de cualquier entidad o persona natural; también están limitadas por las exigencias oficiales originadas en el servicio que prestan. Ciertamente, la responsabilidad que pesa sobre las escuelas de derecho no es de poca monta, en la

•La comisión de seguimiento frente a la implementación•

medida en que operan una parte demasiado cara a la sociedad dentro del nivel secundario de culturización. En consecuencia, les es exigible crear las condiciones de integración de profesionales idóneos.

Sin embargo, a juzgar por el estado de cosas, las tendencias actuales de la academia no parecen compadecerse de los requerimientos del espacio judicial, pese a que están formando a sus operadores. De ahí que, tras revisar varios programas de procedimiento penal y derecho probatorio de distintas facultades de derecho del país, hayamos constatado que no se han operado las modificaciones curriculares necesarias.

El diagnóstico indica que, en general, los programas de procedimiento penal siguen siendo los mismos, con la diferencia de que en vez de enseñar la Ley 600 de 2000 se transmite conocimiento en relación con la 906 de 2004, como si se tratase de textos legales cuya enseñanza es homogénea. La verdad, no se debe enseñar el proceso en los mismos términos. De por sí es cuestionable que se haya enseñado el procedimiento exclusivamente a través de cátedras magistrales, tanto más ahora cuando la familiaridad con el texto de la Ley 906 de 2004 no faculta a ningún profesional para acceder idóneamente al espacio judicial, sino a condición que pueda actuar las instituciones que la integran, lo cual no es necesariamente igual respecto del modelo de enjuiciamiento napoleónico. De muy poco sirve, por ejemplo, conocer en qué consiste el interrogatorio cruzado, si nunca se ha entrenado al aprendiz en las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, ajenas y definitivamente distantes de la teorización abstracta.

Lo máximo que hemos hallado es que algunas escuelas de derecho ingresaron, adjuntas a las clases habituales de procedimiento penal, una asignatura electiva frecuentemente designada “técnicas de juicio oral”, por cierto con una intensidad horaria muy precaria (36 horas semestrales en promedio).

Esta indiferencia debe ser superada como política de implementación necesaria, y difícilmente habría un líder más calificado que la Comisión Constitucional encargada de la implementación para promover y más que ello concienciar a las autoridades universitarias acerca de la importancia de actualizar los modelos curriculares, con pleno respeto de la autonomía universitaria que los asiste.

4. *Especialización de abogados.* Con respecto a los abogados ya formados, parece que la mejor solución es permitirles el acceso a cursos de profundización,

preferiblemente a nivel de especializaciones, a fin de lograr su actualización tanto teórica como práctica. Y tratándose de funcionarios públicos, con más urgencia se demanda formarlos, por cuanto si bien los errores de los abogados particulares no son cuestión que pueda ignorarse, las deficiencias en jueces, fiscales y defensores públicos no pueden tolerarse, por razones más que evidentes.

Desde este punto de vista, se aprecian los denodados esfuerzos de las instituciones por responder a las nuevas exigencias, a lo cual ha respondido capacitando a sus funcionarios, tal y como se ha percibido a nivel del Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, al parecer la más profundamente comprometida en esta actividad. De ahí que exista un desfase evidente entre los jueces, fiscales y defensores públicos frente a los abogados particulares.

Respecto de estos últimos es preciso promover su actualización, tal y como lo han promovido entidades como Abogados Sin Fronteras, apoyados por la Defensoría del Pueblo. Por cierto que si se logra concretar la propuesta del registro de litigantes, el ingreso a tal registro demandaría como condición indispensable la actualización y demostración de idoneidad.

CONCLUSIONES

Habiendo avanzado un recorrido que inició con la definición de las bases epistémicas de análisis, como son la transvaluación, el trasfondo y la individuación, en tanto guías de aproximación investigativas, logramos incursionar en el espacio judicial conformado por la Ley 906 de 2004, permitiéndonos la libertad de una cierta forma de mirar el juego judicial, en busca de las prácticas profesionales que se operan en torno a la tentativa de construcción probatoria.

No se trata de persistir en la realidad constituida por el derecho positivo expuesto en las normas asociadas con el manejo de la prueba, aspecto que si bien reclama volver sobre él como referencia necesaria, la investigación dirige su objetivo hacia el uso que se practica del derecho positivo dentro del espacio judicial.

No es el propósito de este tipo de procesos enseñarle a nadie lo que es el manejo de la prueba, antes bien, es saber cómo se hace dicho manejo y qué tanta coincidencia registra frente a la institución normativa. Acaso sea esta la forma más depurada de indagar acerca de cómo se constituye la realidad social desde el campo jurídico, diagnosticando el nivel de individuación de un modelo concreto de enjuiciamiento y, en particular, si las prácticas resultan funcionales al sistema desarrollado.

Visto así el proceso, quizás haya quien oponga haberse operado un preconcepto de positivismo extremo, puesto que se verifica qué tanto se atiende una institución, dentro de sus propios límites.

Anticipamos que asumimos la norma como una concreción institucional, es decir, una generación comunicativa en que se involucra un nivel *intencional*, manifiesto en la dirección de la voluntad del creador de la ley, adjunto a un nivel *intencional*, en que el mismo creador de la norma concibe límites extensionales al ámbito comprensivo de la misma. Es decir, se crea una disposición con un propósito, algo que quiere realizarse, pero al propio tiempo se determina el contenido de lo que busca operarse, y siendo eso y no otra cosa, no se resuelve en positivismo nudo el buscar establecer si el juego que se desarrolla con las reglas preestablecidas resulta conforme a la intencionalidad legislativa, y si se conserva dentro de los límites extensionales concebidos.

Se aprecia que una cosa es la forma de hacerse presente a la conciencia una institución y otra distinta su decodificación, luego el ejercicio que se hace de ella no está previamente garantizado. Como diría Hegel, el modo en que este concepto es por sí en su verdad y el modo en que está en la representación no solo pueden sino que también deben ser distintos, en cuanto a su forma y su configuración. El ser en sí de la institución, esto es, su concepto, y el ser por sí de ella misma, o sea, el ejercicio semántico de la expresión normativa, son sus dos vertientes, y debe saberse cómo se opera la relación, lo cual acontece en el espacio judicial. Así que no parece este un ejercicio denodado de positivismo a ultranza.

En el cometido de fijar la intencionalidad legislativa y límites extensionales, operamos la reconstrucción histórica de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 acerca del manejo de la prueba. A tal fin nos informamos del contenido de las actas de la Comisión Redactora Constitucional y de las deliberaciones del Congreso de la República, de donde surgió claramente el propósito de constituir un nuevo contenido de manejo de la prueba, frente al ejercicio comprometido sobre el particular en el esquema napoleónico de la Ley 600 de 2000.

De la misma forma, surgió que el legislador siempre estuvo inquieto porque intuía que los abogados colombianos no se encontraban capacitados para ese nuevo manejo de la prueba, pero sin embargo sus medidas fueron tímidas, en cuanto se inclinaron más bien a proveer normas que les indicaran la manera como debían proceder.

Que tal medida no resultó operativa lo evidencia el haber establecido que los abogados particulares registraron falencias que no dudamos en calificar de graves, considerando que en los múltiples aspectos predeterminados en el manejo

•Conclusiones•

de la prueba incurrieron en errores que llegaron a afectar hasta más del 80% de sus intervenciones. Pudimos apreciar que los abogados tienden a apoyarse predominantemente en la prueba testimonial, pero sin embargo no tienen un manejo adecuado de las técnicas que tal medio reclama.

De la misma forma, existen graves deficiencias en cuanto al manejo de la evidencia física y elementos materiales probatorios, o un muy bajo recurso a otros como la pericia.

A partir de la observación *in situ* pudimos identificar veinticinco prácticas disfuncionales en que incurren los abogados. Y las conclusiones se corroboraron por otras técnicas como son las encuestas y las entrevistas en profundidad.

Se estableció así mismo que la causa determinante de la situación surge de la capacitación, entendiéndolo que la formación tradicional no provee a los abogados de las herramientas precisas, tanto reflexivas como operativas, arrojándolos a un espacio judicial que, a falta de tales herramientas, igual sigue funcionando pero con un grave déficit en la calidad del derecho de defensa técnica.

Este aspecto es acaso el más importante, puesto que como pudimos establecerlo, el carácter adversarial del proceso conlleva que la producción de la verdad procesal se opera desde las partes y no desde el juez como sucede en los procesos de corte inquisitorial. El juez adopta la decisión, es decir, fija el sentido jurídico del conflicto con base en lo actuado, no pudiendo más que eventualmente valerse de las nulidades, cuando las deficiencias llegan a hacer nugatorias las garantías procesales. Sin embargo, la tendencia es producir las decisiones a partir de lo que se ofreció en el proceso. Luego, la dinámica del juego judicial es en cierta forma inmune a las falencias profesionales de los operadores del espacio judicial.

El resultado es catastrófico si se consideran los intereses de las personas procesadas porque han sido mal representados sus intereses. Esto puede generar efectos diversos: desde la afectación de la calidad de las decisiones en términos de justicia material hasta la persistencia de las tendencias ocultas de jueces inquisitivos que precisan de crear ellos mismos la verdad judicial, en contravía de los principios acusatorio y adversarial.

En efecto, si los abogados fallan en sus intervenciones, el juez puede tomar la decisión a despecho de lo que debió haber sido el proceso, o corregir en la sentencia los desatinos de los operadores. En este último evento, asume actitudes que no le corresponden, que si bien pueden justificarse por los fines superiores

de la administración de justicia, invierten su rol al ejercer de *iura novit curia*, funciones que competen exclusivamente a las partes.

Como en todo caso, con abogados competentes o incompetentes, el sistema judicial sigue operando, los únicos afectados resultan ser tanto procesados como víctimas.

Como advertíamos, la fuente de la disfunción se ubica en la formación de los abogados. Respecto de los ya formados, en cuanto fueron preparados para intervenir en espacios judiciales napoleónicos. Con respecto a los que están en formación, por cuanto les ofrecen currículos apropiados a espacios judiciales igualmente napoleónicos, con unas variables que apenas los inician en las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales.

Con respecto a los primeros, la mejor salida parece ser profundizar su profesionalización, mediante cursos de especialización. En cuanto a los segundos, urge la modificación curricular que garantice el desarrollo de habilidades y destrezas, que a nivel operativo aseguren su condición de litigantes adecuados. Luego, es importante destacar que no solo se precisa modificar los modelos curriculares a nivel de pregrado, sino que simultáneamente deben crearse y ofrecerse modelos pedagógicos de postgrado que permitan desarrollar niveles reflexivos y operativos adecuados para el ingreso de los abogados en el espacio judicial de la Ley 906 de 2004.

Este tipo de medidas no solo competen a la academia. La conclusión es que deben liderarse políticamente y que el actor social más calificado para asumir tal liderazgo es la Comisión Constitucional, en ejercicio de su función de implementación.

Por otra parte, se requiere de algunas modificaciones legales, que en algunos aspectos reclama la creación de normas, mientras que en otros modificar las existentes. Así, es necesario entrar a regular el ejercicio de la investigación privada y, por otro lado, modificar las disposiciones sobre intercambio de pruebas con el exterior.

En la misma perspectiva, hemos hallado que el apoyo literario del discurso científico sobre el manejo de la prueba para el espacio judicial acusatorio y adversarial es relativamente precario, por lo cual se recomienda que se desarrolle y se importe material didáctico sobre el manejo de cada medio probatorio en particular.

Estas medidas son indudablemente apropiadas, siempre que se sostenga un proceso de investigación permanente sobre el espacio judicial. Ciertamente, en ejercicio franco del modelo napoleónico fue muy poco lo que se hizo en cuanto a investigaciones que verificaran las prácticas operadas en el espacio judicial. Se practicaron observatorios que informan sobre la duración relativa de los procesos, la carga laboral de los funcionarios judicial, y algo se logró acerca de los récords de la criminalidad, datos sin duda importantes y valiosos, pero que no arrojaban información determinante acerca de la administración de justicia, que permitiese crear conocimiento para la construcción de un espacio judicial funcional y sistémico para un país con las características del nuestro.

Por esta razón las modificaciones han venido siendo aventuradas, como lo es la reforma que inició con el Acto Legislativo 03 de 2002 y que se concretó en la Ley 906 de 2004. Prueba de lo que estamos demostrando mediante este proceso investigativo es que los abogados que tenemos, en líneas generales, no están apropiadamente capacitados para ingresar en el espacio judicial, y resulta aún más grave advertir que tampoco los que están en formación serán adecuados para el oficio inevitable del litigio.

Tanto más crítica es esta situación si se considera que a través de la reforma realizada con la Ley 1153 de 2007 se introdujo en Colombia el llamado acusador privado, pues con ello se constituye una expectativa de rol adicional para los abogados. Si no están preparados para defender, ¿cómo lo serán en el rol de acusadores?

La conclusión final es que urge introducir modificaciones curriculares profundas y agresivas al campo jurídico colombiano y, dada la verificación operada en esta investigación, creemos que esa modificación debe guiarse por una propuesta como la que aquí incluimos.

ANEXO
SOBRE EL MANEJO DE LA PRUEBA
EN EL CORPUS IURIS CIVILIS

CUERPO
DEL
DERECHO CIVIL ROMANO

A DOBLE TEXTO, TRADUCIDO AL CASTELLANO DEL LATINO

PUBLICADO POR LOS HERMANOS

KRIEDEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN

CON LAS VARIANTES DE LAS PRINCIPALES EDICIONES ANTIGUAS Y MODERNAS Y CON NOTAS DE REFERENCIAS

POR

D. ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL

Licenciado en Derecho Civil y Canónico y en Filosofía y Letras
y Abogado de los Ilustres Colegios de Barcelona y Madrid



PRIMERA PARTE

INSTITUTA.—DIGESTO

BARCELONA

JAIME MOLINÁS, EDITOR - CONSEJO DE CIENTO, N.º 287

1889

LIBRO UNDÉCIMO

TÍTULO I

DE LAS PREGUNTAS QUE HA DE HACERSE EN DERECHO Y DE LAS ACCIONES INTERROGATORIAS

1. CALISTRATO; Del Edicto monitorio, libro II.

El heredero ha de ser interrogado en derecho, de qué parte sea heredero, siempre que se intenta acción contra él, y duda el actor de qué parte sea heredero aquel contra quien quiera ejercitarla. Mas es necesaria la interrogación, cuando la acción sea personal, y así si se pidiere cosa cierta, para que por ignorar el actor de qué parte haya sido el adversario heredero del difunto, no experimente a veces algún daño pidiendo más.

1.- Mas hoy no usamos de las acciones interrogatorias, porque nadie es obligado antes del juicio a responder cosa alguna sobre su derecho; y por esto se utilizan menos, y cayeron en desuso; pero a los litigantes les basta para las pruebas solamente lo que por la parte contraria se hubiere manifestado ante los jueces, ya sobre herencias, ya sobre otras cosas, que se controvierten en los pleitos.

2. ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII.

El pretor publicó el Edicto sobre preguntas, por esto, porque sabía que era difícil al que demanda al heredero, o al poseedor de los bienes, probar que alguno es heredero o poseedor de los bienes,

3. PAULO; Comentarios al Edicto, libro XVII.

Porque las más de las veces es difícil la prueba de haberse adido la herencia.

ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII.

Quiso el Pretor constreñir, con su respuesta dada en juicio, al que es demandado, para que se haga responsable, o confesando, o mintiendo; y juntamente para que también se sepa por medio de la pregunta la porción en que cada uno fue heredero.

1.- Lo que dice el Pretor: “El que hubiere respondido interrogado en derecho”, ha de entenderse así, ante los Magistrados del pueblo romano, o los Presidentes de las provincias, u otros jueces; porque *ius* (derecho, tribunal) es aquel solo lugar

en que uno de ellos se constituya para definir derecho, o para juzgar, ya lo haga esto en casa, ya en camino.

GAYO; Comentarios al Edicto Provincial, libro III.- El que es interrogado si es heredero o de que partes lo sea, o si tiene en su potestad a aquel en cuyo nombre se ejercita la acción noxal, debe impetrar tiempo para deliberar, porque si hubiere confesado mala mente, sufre perjuicio.

ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII.

Y como esto interesa a los difuntos, para tener sucesores, interesa también a los vivos, para no precipitarse; cuando justamente deliberan.

1.-A veces, interrogado alguno si es heredero, no está obligado a responder, por ejemplo, si sobre la herencia sostuviera controversia movida por otro. Y así lo determinó el Divino Adriano, para que, o negando que él sea heredero, no se perjudique, o diciendo que es heredero, no quede obligado, aun habiéndosele quitado la herencia.

EL MISMO: Comentarios al Edicto, libro XVIII.-Si interrogado alguno en derecho, si es suyo el cuadrúpedo que causó un daño, hubiere respondido, queda obligado.

PAULO; Comentarios al Edicto, libro XXII.

Si interrogado alguno respecto al esclavo, que causó un daño, respondió que el esclavo era suyo, quedará obligado por la ley Aquilia como dueño; si se hubiera ejercitado la acción contra el que respondió, el dueño queda libre de esta acción.

9. ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII.

Si alguno sin ser interrogado hubiere respondido que él es heredero, es considerado como si hubiera sido interrogado.

1.-Interrogado, debemos considerarlo no solo al que lo es por el Pretor, sino también al que lo es por el adversario.

2.-Pero si el esclavo fuese interrogado, será nula la interrogación, no de otra suerte que si interrogase el esclavo.

3.-Uno no debe ser obligado a responder por otro, si es heredero; porque en juicio, cada cual deber ser interrogado respecto a sí propio, esto es, cuando él mismo es demandado.

4. [10.]-Escribe Celso en el libro quinto del Digesto: si interrogado en juicio un defensor, si aquel a quien defiende es heredero, o de que parte lo sea, hubiere respondido falsamente, el mismo defensor quedará ciertamente obligado al

•Anexo•

adversario, pero no irroga perjuicio alguno a aquel a quien defiende. Y por esto no hay duda que es verdadera la opinión de Celso. Ha de verse por consiguiente si parecerá que no defiende, si no hubiere respondido; lo que ciertamente será también consiguiente decir, porque no defiende plenamente.

5.-El que interrogado hubiere respondido que él es heredero, y no hubiere añadido de qué parte, se ha de decir que respondió que de la totalidad; a no ser que acaso fuese interrogado de este modo, si era heredero de la mitad, y hubiere respondido: soy heredero, porque en este caso opino que él mas bien respondió a lo que se le preguntó.

6.-Se pregunta, ¿estará alguno obligado a responder, si es heredero por testamento, y si en su propio nombre se adquirió para él la herencia, o por medio de aquellos a quienes tiene sujetos a su potestad, o por medio de aquel de quien fue heredero? Así pues, el Pretor deberá conocer sumariamente, cuando se pregunte, si alguno debe responder con qué derecho sea herrero, para que si viere que interesa juicio, mande que se responda más cumplidamente, lo cual se debe observar, no solo respecto a los herederos, sino también respecto a los sucesores por derecho honorario.

7.-Finalmente escribe Juliano, que también aquel a quien se restituyó la herencia, debe responder habiendo sido interrogado en derecho, si le fue restituida la herencia.

8.- Si se ejercitara la acción de peculio, no debe responderse por el padre o por el dueño, si tiene en su potestad al hijo o al esclavo, porque se pregunta esto solo, si el peculio está en poder de que contra quien se litiga.

10.[11.] PAULO; Comentarios al Edicto, libro LXVIII.- No es extraño, que aquel de quien queramos estipular por daño inminente le preguntemos en derecho, si es de él la casa o el lugar de que se tema el daño, y en qué parte lo sea, para que si negara que es suyo el predio, y no diera caución por el daño inminente, sea compelido o a hacer cesión, o si hubiere creído que debía resistirse, a hacer entrega, como habiendo obrado con dolo.

11. [12.] ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII –Interrogado también sobre la edad, a veces deberá responder.

1.-Si alguno, no siendo heredero, hubiere respondido al ser interrogado, que era heredero de una parte, será demandado como si efectivamente fuese heredero de aquella parte; porque se le dará crédito contra sí mismo.

2.-El que siendo heredero de una cuarta parte, o no siendo en modo alguno heredero hubiere respondido que es heredero universal, será demandado descuida la acción por toda la herencia.

3.-Si siendo alguien heredero de la mitad, hubiere dicho que es heredero de la cuarta parte, sufrirá por la mentira esta pena, que es demandado por el todo; porque no debió mentir, aseverando que él era heredero de menor porción. Pero a veces con justa razón puede opinar, que es heredero de una parte menor. Porque ¿qué si no sabe que le acreción una parte, o fue instituido en una parte incierta, cómo le perjudicará a su respuesta?

4.- El que también calló ante el Pretor, se halla en el caso de que sea demandado intentada la acción por el todo, cual si hubiere negado que es heredero; porque el que no respondió en manera alguna, es contumaz, y debe por su contumacia sufrir esta pena, que sea demandado por el todo, del mismo modo que si hubiere negado, porque parece que desacata al Pretor.

5.-Mas lo que dice el Pretor: “no respondió en manera alguna”, lo entendieron así los modernos, que se considere que no respondió en manera alguna el que no respondió a lo preguntado, esto es, a lo dicho.

6.-Si interrogado alguno, si era heredero de toda la herencia, hubiere respondido, que de parte, en nada le perjudica la respuesta, si lo fuese de la mitad; cuya opinión es humanitaria.

7.- No hay diferencia alguna entre que, interrogado alguien, niegue o calle, o responda con obscuridad, de suerte que deje en incertidumbre al interrogante.

8.-No dudamos, que con causa se ampara al que interrogado respondió; porque también si interrogado alguno si era heredero de su padre, hubieres respondido, y después, habiéndose publicado el testamento se hubiera encontrado desheredado, es muy justo que se le auxilie; y así lo escribe Celso. En este caso, ciertamente también por otra razón, porque requieren el auxilio las cosas que ocurren después; porque ¿Qué, si después fueron presentadas tablas ocultas y olvidadas, cómo le perjudicará al que hubiere respondido, lo que a la sazón le parecía? Lo mismo digo, también si alguno hubiere respondido que él era heredero, y luego el testamento hubiere sido declarado falso. O inoficioso, o irrito; porque no respondió malamente, sino engañado por la escritura.

9.-El que interrogado hubiere respondido, se obliga de la misma manera que si estuviese obligado por el contrato porque fuere demandado, cuando es

interrogado por el adversario. Pero aunque hubiere sido interrogado por el Pretor, nada hace la autoridad del Pretor, sino la respuesta, o la mentira de él mismo.

10.- El que inducido por justo error hubiere negado que él era heredero, es digno de indulgencia.

11.- Pero también si alguno hubiere respondido sin dolo malo, pero con culpa, se habrá de decir, que debe ser absuelto, a no ser que la culpa sea próxima al dolo.

12.-Escribe Celso, que es lícito retractarse de la respuesta, si ningún perjuicio resultar al actor de la retractación de la misma; lo que me parece muy verdadero, mayormente si instruido después mas complemente hiciera alguien alguna cosa, enterado de su derecho por documentos, o por cartas de sus amigos.

12. [13.] PAULO; Comentarios al Edicto, Libro XVII.-Si el hijo que se abstuvo de la herencia paterna, interrogado en derecho hubiere respondido, que es el heredero, quedará obligado; porque respondiendo así se entiende que obró como heredero. Pero si el hijo, que se abstuvo, hubiere callado habiendo sido interrogado, se le ha de amparar, porque el Pretor no tiene como heredero al que se abstuvo.

1.-También el que es demandado en virtud de su respuesta, puede usar de las excepciones que se oponen a las acciones deducidas en juicio contra los reos, por ejemplo, la de pacto convenido, la de cosa juzgada, y las demás.

13. [14.] EL MISMO; Comentarios a Plaucio, libro II.- Los que responden con falsas confesiones, se obligan siempre que por razón de aquello porque alguno haya sido interrogado haya acción contra cualquiera, porque aquella acción que hubiese contra otro, si fuese el dueño, la transferimos contra nosotros mismos por nuestra confesión. Y si yo hubiese respondido, que uno que estuviese bajo la potestad de su padre es hijo mío, quedo obligado, si se pudiese probar su edad, para que pueda ser hijo mío, porque las confesiones falsas deberían estar acordes con las cosas naturales; por lo cual sucederá, que yo no me obligue respondiendo en nombre de un padre de familia.

1.-El que hubiere respondido que un padre de familia era esclavo suyo, no queda obligado por la acción noxal; y tampoco puede ejercitarse contra mí la acción noxal, si de buena fe me prestara servidumbre un hombre libre, y si se hubiere ejercitado, permanecerá íntegra la acción contra el que causó el daño.

14.[15.] JAVOLENO; Doctrina de Cassio, libro IX.-Si aquel en cuyo nombre se contestó el juicio noxal, fue declarado libre durante el juicio, debe ser absuelto el demandado, y la interrogación hecha en juicio no aprovechará para

nada, porque la obligación de la persona, en cuyo nombre alguien tiene acción contra otro, no podrá ciertamente ser trasferida ni por la interrogación, ni por la confesión. En cuyo caso sucederá que en nombre de un hombre libre no se habrá ejercitado con derecho la acción contra aquel que confesó.

1.-Mas las confesiones son totalmente válidas de esta suerte, si lo que se comprende en la confesión puede ajustarse, así al derecho como a la naturaleza.

15.[16.] POMPONIO; Comentarios a Sabino, libro XVIII.-Si antes de adida la herencia respondiera yo que es mío un esclavo da la herencia, me obligo, porque la herencia se considera en lugar de dueño.

1.-Muerto el esclavo, que el interrogado en derecho confesó que era suyo, no queda obligado el que respondió así como si hubiese sido propio de él, no quedaría obligado después de su muerte.

16.[17.]JULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXXVII.-Si hubiera sido cogido por los enemigos un esclavo, respecto del cual, interrogado alguien en derecho hubieres respondido, que estaba en su potestad, aunque el derecho de postliminio pueda hacer que dudemos, sin embargo no creo que haya lugar a la acción noxal, porque no está en nuestra potestad.

1.- Mas aunque parece bien que esté obligado también el que hubiese confesado que era suyo un esclavo ajeno, sin embargo, con muchísima razón plugo que solamente quedara obligado el que pudo tenerlo como suyo; mas si no pudo adquirir su dominio, no se obliga.

17.[18.]JEL MISMO; Comentarios al Edicto, libro XXXVIII.-Si el esclavo no fuese de uno solo, sino de muchos, y todos, o algunos de ellos mintieron diciendo que aquel no estaba bajo su potestad, o hicieron con dolo que no estuviera en su potestad, cada uno de ellos estará obligado por el todo, así como se obligarían, si lo tuvieran en su potestad. Pero aquel que nada hubiere hecho con dolo para no tenerlo ya en su potestad, o que no le negó, no estará obligado.

18.[19]. JULIANO; Comentarios a Urseyo Feroz, libro IV.- Uno que era heredero de la mitad, queriendo defender a su coheredero ausente para poder evitarse el gravamen de la fianza, respondió que él solo era heredero, y fue condenado; preguntaba el actor, no siendo solvente aquel, ¿debería acaso, rescindido el primer juicio, dársele acción contra el que en realidad era heredero? Próculo respondió, que, rescindido el juicio, puede ejercitarse la acción; y esto es verdad.

•Anexo•

19.[20.] PAPINIANO; Cuestiones, libro VIII.-Si litigando un hijo por su padre, callase habiendo sido interrogado, se habrá de observar todo lo mismo que si no hubiese sido interrogado.

20.[21.] PAULO; Cuestiones, libro II.- El que hubiere respondido que es suyo un esclavo ajeno, si fuese demandado en juicio noxal, exenta al dueño; al contrario, si alguno hubiera confesado, que él mató al esclavo, que otra mató, o si alguno hubiere respondido que él es heredero, porque en estos casos no queda libre el que hizo la muerte, o el que es heredero. Ni estas cosas son entre sí contrarias; porque en el primer caso se obligan los dos en virtud de la persona del esclavo, como decimos respecto al esclavo común, en cuyo caso, demandado el uno, queda libre también el otro; mas el que confiesa, que él mató o hirió, se obliga en su propio nombre; y por causa del que confesó, no debe quedar impugne el delito del que lo hizo, a no ser que hubiere tomado a su cargo el litigio con este carácter, como defensor del que lo cometió, o del heredero; porque entonces el actor ha de ser repelido con la excepción dada por hehecho, porque aquel ha de recuperar por la acción de gestión de negocios, o por la de mandato, lo que pago. Lo mismo es respecto de aquel que por mandato del heredero respondió que él era heredero, o del que de otra manera quisiera defenderlo.

1.-Interrogado uno en derecho, si posee un fundo, pregunto, ¿ha de ser obligado a responder, y a decir en qué porción posea el fundo? Respondí: escribe Javoleno, que el poseedor del fundo debe ser obligado a responder en qué porción posea el fundo, para que si dijera que lo posee en una parte menor, sea puesto el actor en posesión en la otra parte, que no fuese defendida.

2.- Lo mismo se dice si diésemos acción por daño inminente; porque también en este caso debe responder en qué porción sea suyo el predio, para que a esta parte acomodemos la estipulación. Mas la pena del que a su vez no promete es esta, que entremos en posesión, u por lo tanto importa saber, si posee.

21.[22.]JULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXII.- No hay duda, que con justicia debe hacerse interrogación siempre que la equidad se lo aconsejare al juez.

22.[23.] SCÉVOLA; Digesto, libro IV.-Interrogando el procurador del Cesar por razón de una deuda fiscal, uno de los hijos, que ni había recibido la posesión de bienes, ni era heredero, respondió, que él era heredero; ¿quedará acaso obligado a los demás acreedores, como por acción interrogatoria? Respondió, que por su respuesta no podía ser demandado por los que no le hubiesen interrogado en derecho.

CUERPO
DEL
DERECHO CIVIL ROMANO

A DOBLE TEXTO, TRADUCIDO AL CASTELLANO DEL LATINO

PUBLICADO POR LOS HERMANOS

KRIEDEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN

CON LAS VARIANTES DE LAS PRINCIPALES EDICIONES ANTIGUAS Y MODERNAS Y CON NOTAS DE REFERENCIAS

POR

D. ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL

Licenciado en Derecho Civil y Canónico y en Filosofía y Letras
y Abogado de los Ilustres Colegios de Barcelona y Madrid



Circulación y Préstamo
BIBLIOTECA

SEGUNDA PARTE

Revisado el texto latino por D. EMILIO HERMANN

CÓDIGO

TOMO I

BARCELONA

JAIIME MOLINAS, EDITOR - VALENCIA, NÚMERO 375

1892

TÍTULO XIX

DE LAS PRUEBAS

Los Emperadores SEVERO y ANTONINO, Augustos, de FAUSTINO.-Así como el acreedor, que reclama el dinero entregado, está obligado a probar, así el deudor, que afirma que fue pagado, debe a su vez suministrar la prueba de este pago. Publicada a 1 de las Candelas de Julio, bajo el segundo consulado de DEXTRO y el de PRISCO.[196.]

El Emperador ANTONINO, Augusto, a AULIZANO.-Persigue en forma de juicio las posesiones que dices que te pertenecen; porque no le incumbe al poseedor la necesidad de probar que ellas le pertenecen, pues dejando tú de hacer la prueba, queda el dominio en su poder. Publicada a 15 de las Calendas de Diciembre, bajo el consulado de LETO y de CEREAL [213.]

El Emperador ALEJANDRO, Augusto, a LENA y a LUPO.- No debéis ser demandados por causa de la persona de un colega de vuestro abuelo, si probareis que el mismo colega de vuestro abuelo, si probareis que el mismo colega era solvente al tiempo de deponer su cargo. Publicada a 5 de las Calendas de Enero, bajo el consulado de POMPEYANO y de PELIGNO. [231.]

El mismo Augusto a VITO.- El dominio de una propiedad se acredita no solamente con el instrumento de compra, sino con otros cualesquiera legítimos medios de prueba. Publicada las Calendas de Noviembre, bajo el tercer consulado de ALEJANDRO, Augusto, y el de DION.[229.]

El Emperador FILIPO, Augusto, y FILIPO, Cesar, a SETORIO.- Los documentos domésticos, o los testimonios privados o las anotaciones, si no estuvieran además apoyados con otros elementos no bastan solos para la prueba. Publicada a 7 de los Idus de Abril, bajo el consulado de FILIPO, Augusto, y de TICIANO. [245]

Los mismos Augustos y Cesares a RÓMULO.-Muchas veces se ha declarado por rescripto, que las cuentas del difunto, que se hallan en sus bienes, no pueden ser suficientes por sí solas para la prueba de cantidad a él debida. El mismo derecho hay, también si en su última voluntad hubiere significado el difunto que a él se le debía cierta cantidad de dinero, o aun ciertas cosas. Publicada los Idus de Mayo, bajo el consulado de FILIPO, Augusto, y de TICIANO [245.]

AUTENTICA de *inreirundo a moriente praesstito*. (Nov, 48. c.1.)- Lo cual tiene de todos modos lugar, si el testador no hubiere jurado; en otro caso tienen necesidad los herederos de esta al juramento del testador, o no disfrutan en manera alguna de lo que se les dejó. Mas a los acreedores no les parará de esto ningún perjuicio.

El Emperador GALIENO, Augusto, a SABINO.-Es de pernicioso ejemplo, que se dé crédito a la escritura en que uno constituyó a otro deudor suyo, por su propia anotación. Por lo cual es conveniente que ni el fisco, ni otro cualquiera, pueda suministrar con sus propias anotaciones la prueba de una deuda. Publicada a 3 de las Nonas de Marzo, bajo el de SABINILO. [266.]

Los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos, a PUBLICIO y a OPTATO.-En vano teméis, que no exija la prueba por el que es demandado en juicio. Publicada a 13 de las Calendas de Diciembre, bajo el consulado de BASSO y de QUINCIANO [289.]

Los mismos Augustos y Cesares a MARCIANA. –Puesto que alegas que eres menor de veinticinco años, debes acudir al presidente de la provincia, y probar esta edad. Dada los Idus de Abril, bajo el consulado de los Augustos. [293-299]

Los mismos Augustos y Cesares a ISIDORO. –Ni tu partida de nacimiento, aunque puedas probar que eres ingenuo, ni los cargos honoríficos que dices que has desempeñado, contienen suficiente prueba de la ingenuidad de tu hija, porque nada impide que tú seas ingenuo y ella esclava. Dada a 18 de la Calendas de Mayo, bajo el consulado de los Augustos. [293-299.]

Los mismos Augustos y Cesares a ANTONIA.- Si confías que por ti se puede probar, que el heredero instituido por tu tía paterna no puede obtener la herencia o por vicio del testamento, o por otra cualquier razón, puedes ejercitar la acción respecto a esa herencia ante el gobernador de la provincia. Sancionada en Heraclia a 5 de las Calenda de Mayo, bajo el consulado de los Augustos.

Los mismos Augustos y Cesares a CRONIA.- Puesto que las cosas no se hacen en los instrumentos, sino que en estos se consigna el testimonio de lo que se hizo, debes demostrar, habiendo producido en derecho los medios de prueba que puedes, que se hizo la compra, que tu padre fue puesto en la vacua posesión, y que se entregó el precio. Dada a 5 de las Nonas de Octubre, bajo el consulado de los Augustos. [293.]

Los mismos Augustos y Cesares de JUSTINO. –El parentesco de consanguinidad no se contrae por cartas, sino por el nacimiento o por la solemnidad de

la adopción, y ni el árbitro pedido en interés de una esclava para dividir con un ausente la herencia, como con un hermano, destruye la verdad de la realidad. Y así, ora si como a hermana le enviaste una carta a quien tú confías que puedes probar que es esclava, ora si se probara que se pidió árbitro para la partición de la herencia como en interés de una coheredera con esto no se pudo resolver la cuestión de la fraternidad. Dada las Calendas de diciembre, bajo el consulado de los Augustos. [293-299.]

Los mismos Augustos y Cesares a MUNICIANO.- Ni por simples aseveraciones, ni con falsa confesión, aunque ambas partes consientan en ello, sino concebidos en legitimo matrimonio, o mediante solemne adopción, los hijos se constituyen tales por derecho civil para los padres. Así, pues, si tienes la seguridad de que es de otro este contra quien suplicas, descubre su falsa afirmación o por ti mismo, o por medio de procurador. Dada las Calendas de Diciembre, bajo el consulado de los Augustos. [293-299]

Los mismos Augustos y Cesares a ANTONIO.- La violencia del que sostiene que él es dueño, no le aprovecha en manera alguna para imponerle al esclavo la carga de la prueba. Así, pues, confesando que huiste de la casa de Severo, pero aseverando que por él no fuiste retenido desde un principio con justicia, sino con violencia, en este caso, habiéndose inquirido primero si te hallas en posesión de la libertad, se declarará también, en vista de tal resultado, quien deba soportar la carga de la prueba. Dada a 6 de las Calendas de Enero, bajo el consulado de los Augustos. [293-299.]

Los mismos Augustos y Cesares a FELIPA y a SEBASTIANA.- Si posees predios que reivindicán vuestros hermanos emancipados sosteniendo que les fueron donados por vuestro padre común, a ellos mismos les incumbe la necesidad de la prueba deshecho, y si teniendo ellos los predios, como si se les hubieran donado por vuestro padre, los pedís vosotros constituidos herederos del padre, a fin de que demuestren que no tuvo consistencia vuestra pretensión, son compelidos a probar surgiendo la cuestión porque medio se hicieron dueños. Dada a 10 de las Calendas de Febrero, bajo el consulado de los Augustos. [293-299.]

Los mismos Augustos y Cesares a PAULINA.- Para que se pueda probar que eres ingenua, conviene que se demuestre que tu madre consiguió la libertad, y que naciste después. Porque de nada puede provecharte para tu defensa,

que no se les promueva cuestión alguna a tus hermanos. Dada a 5 de los Idus de Febrero, bajo el consulado de los Augustos. [293-299.]

Los mismos Augustos y Cesares a VIOLENTILA.-Puesto que expones en tus súplicas, que aquel de quien hiciste mención, hizo, ignorándolo tú, que si se incluyese en los instrumentos un predio, como si por ti se le hubiere donado, si es verdad lo que consignaste, este fundo no llega a tener el nombre de donación hecha. Por lo cual, habiendo recurrido al juez competente, es conveniente que pruebe es que contra tu voluntad procuró tu contrario que el instrumento se le adjudicara este fundo, para que a tenor de nuestro rescripto puedas conseguir sentencia. Dada en Bizancio a 7 de los Idus de Abril, bajo el consulado de los Cesares. [294-302].

Los mismos Augustos y Cesares a MENANDRO.-Es necesario que la excepción dilatoria se oponga ciertamente en un principio, pero que se pruebe después que el actor hubiere mostrado lo que asevera. Dada en Nicomedia a 13 de las Calendas de Abril, bajo el consulado de los Cesares. [294-302.] AUTÉNTICA de testibus. *Quia vero multi* (now. 90. c. 4.)-Mas el que una, o dos, o tres veces hubiere producido testigos, y discutido sus testimonios, o aceptado la discusión del adversario que esto hiciera, y por este medio hubiere conocido lo declarado, no tendrá facultad para utilizar otra vez la producción de testigos, ni aun con nuestra autorización. Pero si no hubiere hecho esto, en este caso se le ha de conceder la cuarta presentación de testigos, prestándose antes por el juramento de que ni él mismo, ni alguno de sus abogados, ni otro obrando por él sustrajo, ni inquirió las declaraciones, y de que ni por dolo, ni por maquinación o artificio, pide que se haga la cuarta producción de testigos.

Los mismos Augustos y Cesares a FROMINA.- Si substraídos los instrumentos de su compra, Eutiquia se proclamase en libertad estando en posesión de la esclavitud, como quiera que al demandante le incumba la carga de la prueba, quedando infundada su demanda, no puedes ser en manera alguna favorecida con ellos. Porque si fuera reclamada para la esclavitud, no hay necesidad de otros indicios para la prueba de la compra, sino que basta demostrar el hurto de los instrumentos. En Nicomedia a 4 de las Nonas de Diciembre, bajo el consulado de los Cesares. [294-302.]

Los mismos Augustos y Cesares a CRISPO.-Los que substraen documentos ajenos, no pueden en manera ninguna utilizarlos para la prueba del dominio,

porque la lectura de los mismos no favorece al que los lee, sino al que designa el testo de la escritura. Y así, como quiera que no se desestiman los demás indicios de pruebas, demuestra en la forma de derecho competente que te pertenece el dominio de los predios, que se ponen en litigio. Porque no conviene que el que reivindica bienes, aseverando que por el comprador se entregó dinero suyo, se esfuerce para la prueba, puesto que semejante hecho, aunque sea probado, no le presta ningún apoyo a su demanda. Sancionada en Belgrado a 6 de los Idus de diciembre, bajo el consulado de los Augustos. [299-304.]

Los mismos Augustos y Cesares a AGATOCLEA.-Para la prueba de la esclavitud de Glicón no basta que su madre y su hermano hayan desempeñado oficios de esclavos, porque ni la conciencia de los ingenuos perjudica a los unidos por parentesco, ni se prohíbe que de los esclavos nacidos de la misma madre alcance solo uno la libertad. Dada a 9 de las Calendas de Enero bajo el consulado de los mismos Cesares. [300-305.]

Los mismos Augustos y Cesares a MENELAO.- Confesando el actor que él no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario, porque por la naturaleza de las cosas es nula la prueba del que niega un hecho. Dada a 8 de las Calendas de Enero, bajo el consulado de los Cesares. [300-305.]

Los Emperadores VALENTE, GRACIANO y VALENTINIANO, Augustos, a ANTONIO, Prefecto del Pretorio.- Mandamos que todos los que tachan de sospechosas unas escrituras, cuando hubieren deducido en juicio alguna cuestión deben ser detenidos como reos de ilícita escritura y como falsarios, si ellos mismos no probaren la verdad. Dada en Treveris a 1 de los Idus de Enero, bajo el sexto consulado de VALENTE y el segundo de VALENTINIANO, Augustos.[378]

Los Emperadores GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO, Augustos, a FLORO, Prefecto del Pretorio.- Sepan todos los acusadores, que deben ellos llevar a conocimiento público cosa que esté apoyada por testimonios idóneos, o fundada en evidéntísimos documentos, o de fácil prueba por indicios indudables y tan claros como la luz. Dada en Constantinopla a 15 de las Calendas de Junio, bajo el consulado de ANTONIO y de SIAGRIO. [382]

TÍTULO XX

DE LOS TESTIGOS

Epítome del rescripto griego, tomado de las Basílicas

Contra un testimonio escrito no se produce testimonio no escrito.

El Emperador ALEJANDRO, Augusto, Acarpo.-Si se te promoviera controversia sobre tu ingenuidad, defiende tu causa con los instrumentos y argumentos que juzgues convenientes; porque solos los testigos no bastan para la prueba de la ingenuidad. Publicada a 10 de las Calendas de Mayo, bajo el segundo consulado de MÁXIMO y el de ELIANO [223.]

Los Emperadores VALERIANO y GALIENO, Augustos, a ROSA.- También por derecho civil se desestima la fe de un testimonio doméstico. Publicada a 3 de las Calendas de septiembre, bajo el tercer consulado de VALERIANO y el segundo de GALIENO, Augustos. [255.]

Los Emperadores CARO, CARINO y NUMERIANO, Augustos, a AURELIO.- Es cierto que es de ningún valor la sola declaración producida, y sin que la causa haya sido probada con otros requisitos legales. Publicada a 8 de las Calendas de Diciembre, bajo el consulado de CARO y de CARINO, Augustos. [283]

Los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMIANO, Augustos, a CÁNDIDO.- Es conveniente, que para favorecer la verdad se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la fidelidad debida a la religiosidad judicial. Publicada a 5 de las Calendas de Mayo, bajo el segundo consulado de MÁXIMO y el de AQUILINO. [286]

Los mismos Augustos y Cesares a TERTULO. –Los ascendientes y los descendientes no han de ser admitidos, ni aun queriendo ellos, para prestar testimonio recíprocamente unos contra otros Publicada en Nicomedia a 4 de las Nonas de diciembre, bajo el consulado de los Cesares. [294]

Los mismos Augustos y Cesares a DIÓGENES y a INGENUO.-Es demasiado grave lo que pedís, que la parte contraria sea apremiada a la exhibición de aquellos testigos por los cuales se les defienda el negocio. Por lo cual tened entendido, que debéis presentar pruebas propias para vuestra demanda, y que no deben ser aducidas contar sí mismos por los adversarios. Dada a 6 de las Calendas de Mayo, bajo el consulado de los Augustos [299-304]

Los mismos Augustos y Cesares a DELURON.-No hay duda que los esclavos no pueden ser interrogados a favor de su señor, así como tampoco contra él mismo, pero que pueden ser interrogados por hecho suyo propio. Dada en Nicomedia las Calendas de Noviembre, bajo el consulado de los Cesares.[300-305]-.

El emperador CONSTANTINO, Augusto, a JULIANO, Presidente.- Ya hace tiempo que mandamos, que los testigos sean constreñidos con la religión del juramento antes que se presten testimonio, y que preferentemente se conceda crédito a los testigos más honrados.

1.- Del mismo modo mandamos, que ningún juez consienta fácilmente que en una causa cualquiera se admita el testimonio de un solo testigo. Y ahora mandamos terminantemente, que en manera ningunas oiga la respuesta de un solo testigo, aunque brille con la dignidad de la preclara curia. Dada en Nissa a 8 de las Calendas de Septiembre, bajo el consulado de OPTATO y de PAULINO. [334]

Los Emperadores VALIENTE, GRACIANO y VALENTINO, Augustos, a GRACO, Prefecto de la Ciudad.-Las leyes les quitaron a todos la facultad de prestar testimonio en causa propia. Dada las Calendas de diciembre, bajo el quinto consulado de VALIENTE, y el de VALENTINIANO, Augustos. [376]

Los Emperadores HONORIO y TEODORO, Augustos, a CECILIANO, Prefecto del Pretorio.-Como que para las causas ajenas se piden testigos libres, si no se dijera que son cómplices y partícipes de un crimen, sino que les pidiera la verdad de su noticia, debe ser tal la previsión del juzgador respecto a la presentación de las personas necesarias, esto es de los testigos, que made que se les den los gastos competentes, a los que hayan de ir al juicio por el acusador o por aquellos por quienes fueren pedidos. El mismo derecho hay, también si en negocio pecuniario se ha de producir testigos por una u otra parte. Dada en Ravena a 13 de las Calendas de Febrero, ajo el octavo consulado de HONORI y el tercero de TEODOSIO, Augustos. [409]. AUTÉNTICA de Tesbitus. *Si vero dicatur* (Nov. 90.c.6.)- Si se dijera que el testigo producido es de condición servil, y hubiere querido declarar, pero él afirme que es libre, si verdaderamente que lo es de nacimiento, verifique su testimonio, de suerte que, si, habiendo habido disputa, hubiere aparecido que es esclavo, sea rechazado su testimonio. Mas si hubiere dicho que es libertino, muestre el instrumento de su manumisión antes que atestigüe, a no ser que hubiere jurado que tiene en otra parte las pruebas; hecho lo cual, escríbase ciertamente su declaración, pero sea rechazado su testimonio,

si no hubiera mostrado instrumento. Pero si se dijera que tiene odio en virtud de causa criminal promovida entre ellos, y esto apareciere cierto, no sea oído antes que se falle respecto al crimen. Mas si tiene odio por litigio pecuniario o por otra causa, verifíquese ciertamente su declaración, pero sean tenidas en cuenta tales cuestiones al tiempo de los debates.

Los mismos Augustos al Senado.-Prohibimos con imposición de pena como ilícitas e inadmisibles las declaraciones de los libertos contra los patronos, y de tal manera, que, no solo no se atrevan a comparecer espontáneamente, sino que ni aun ciertamente llamados estén obligados a comparecer en juicio. Dada en Ravena a 4 de los Idus de Agosto, bajo el consulado de MARINIANO y de ASCLEPIODOTO [423] A.- Epítome de la Constitución Griega, tomado de las Basílicas.

El que hubiere prestado falso testimonio, en primer lugar perjura, y en segundo es demandado como falsario, y si en el mismo momento de prestar su testimonio hubiera sospecha de que mentía, es sujetado al tormento. Mas si el que fue condenado en virtud de falso testimonio quisiera reclamar civilmente contra el falso testigo, recuperará de este todo el perjuicio que sufrió, y además aquel sufrirá la pena establecida en las leyes. Pero si en el mismo pleito principal hubiere sido convicto de haber mentido, sea atribución del juez condenarlo o al total importe del litigio promovido a aquel contra quien prestó su testimonio, o a menos, y sujetarlo a las penas; observándose todo lo que ya está establecido respecto a los que prestan falso testimonio.

B. Suplemento de la misma, tomado del Excol. De las Bas.

Dice, que el que juró en juicio que él prestó testimonio verdadero, y después fue hallado como falso testigo, sea castigado como se previene en la ley. Mas el que juró a favor de sí mismo, si después es hallado como perjurio, no es castigado, porque Dios, contra quien delinquirió, basta para su castigo.

El Emperador ZENÓN, Augusto a ARCADIO, Prefecto del Pretorio.-Mandamos, que nadie absolutamente pueda, una vez que hubiere comparecido ante un juez cualquiera, aunque no sea el suyo, para prestar testimonio, alegar acaso su milicia armada, u otra cualquier prescripción de fuero, para evadir la resolución del juez, que hubiera requerido o la falta de probidad de las palabras del testimonio, o la calidad de la cosa, sino que todos los que, por supuesto, en causa civil prestan su testimonio, entren en la secretaria del juez, habiendo dejado y como depuesto interinamente antes del juicio el privilegio de la excepción de fuero, despojados de

esta garantía, de tal suerte, que no duden cualesquiera que hubieren ofendido sus oídos, que se les habrá de castigar; habiéndose dado a todos los jueces facultad para castigar, por supuesto, según la calidad del delito, y sin ningún obstáculo de excepción (como muchas veces se ha dicho), a los testigos cuyas declaraciones vieren que no carecen de falsedad o fraude. Dada en Constantinopla a 12 de las Calendas de Junio, bajo el consulado de DECIO y de LONGINO. [486].

a.- Epítome de la constitución griega, tomado de las Basílicas.

15. Consiguiente a la anterior, esta constitución concede a los jueces pedáneos facultad para someter a los falsos testigos a la pena competente; y si verdaderamente fueran de condición privada, pueden ser atormentados, y si aquellos juzgaren que el caso necesita más grave castigo, pueden castigarlos también por medio del pretor de la plebe. Mas si el testigo estuviera acaso distinguido con el círculo, no se pudiere imponer una pena por el juez pedáneo, en este caso eleve este la causa al magistrado por quien tiene la delegada, y a disposición; y si verdaderamente habitaran los testigos en la ciudad real, presenten ellos su testimonio de viva voz, y si no estuvieren presentes envíese los procuradores de las partes, para que expongan lo que supieren, o juren lo que ignoran, quedando por supuesto exceptuadas también respecto al testimonio, que se presta en actuaciones, las mismas personas.

1.- Mas sobre estas cosas, todas las declaraciones y las presentaciones de testigos deben hacerse sin gastos de los mismos.

17. El Emperador JUSTINIANO, Augusto a MENNA, Prefecto del Pretorio.- Si alguno se hubiere servido de testigos, y los mismos testigos fueran producidos contra él en otro litigio, no le sea lícito de poner excepción a la persona de los mismos, si no hubiere probado que después surgieron entre él y ellos enemistades, por las que mandan las leyes que sean repelidos los testigos; sin que, por supuesto, se les haya de quitar la facultad de combatir el testimonio de ellos con las mismas disposiciones, pero también si demostrare con pruebas evidentes que fueron sobornados con la entrega o promesa de cantidades, mandamos que igualmente se les reserve íntegra esta alegación. Dada en CONSTANTINOPLA a 7 de las Calendas del mes de Junio, bajo el segundo Consulado del señor JUSTINIANO, Augusto Perpeptuo, [528]

18. El Mismo Augusto a MENNA, Prefecto del Pretorio.-Restringido en lo posible la facilidad de presentar testigos, por medio de los que se perpetran

muchas cosas contrarias a la verdad, mandamos a todos los que devolvieren o debido por ellos en escritura, que no sean odios fácilmente, si dijera que hicieron sin escritura el pago de la totalidad o de parte de la deuda, y quisieran presentar sobre esta pago testigos viles o quizá comprados, a no ser que hubieren estado presentes al pago celebrado cinco testigos idóneos y de suma íntegra fama, y estos depusieren bajo el sagrado de juramento, que la duda fue pagada a su presencia, de suerte que, sabiendo todos que esto ha sido así dispuesto, no paguen una deuda o parte de la misma de otro modos sino si recibieran seguridad por escrito, o hubieren practicado la mencionada prueba de testigos; debiendo, a la verdad, ser con razón exceptuados de la presente ley los que ya hubieren pagado sin escritura una deuda o parte de la misma. Más si verdaderamente se hubiera hecho por escrito una seguridad, pero se hubiera perdido acaso por accidente fortuito de incendio, o de naufragio, o de otra desgracia, séales entonces lícito a los que la sufrieron, probando la causa de la pérdida, probar también por medio de testigos el pago de la deuda, y evitarse el perjuicio de la pérdida del instrumento. Dada en Constantinopla las Calendas de Junio, bajo el segundo consulado del Señor JUSTINITANO, Augusto perpétuo. [528]

AUTÉNTICA de testibus. Et. Liceo. (Nov. 90. c.1.) -Preséntase testigos rogados, como en los testamentos, no casuales o que vayan de paso. Lo mismo es, si después del pago asistieran testigos rogados a la confesión del acreedor, que decía que se le pagó el dinero que se le debía.

19. El Mismo Augusto a MENNA, Prefecto del Pretorio.-Cuando uno hubiere querido presentar en virtud de nuestra ley testigos contra la voluntad de los mismos, mandamos, que, si por su voluntad quisieran prestar sin quebranto fianza de su presentación se haga esto, pero que si no hubieren querido, no sean comedidos con custodia carcelaria, sino que sean obligados con juramento. Porque si los que los produjeron creyeren que en toda la discusión del litigio se ha de dar crédito al juramento de los testigos, con mucha más razón deben creer en la presentación de los testigos fundándose en el juramento de los mismos. Pero como conviene que en tales casos no se detenga demasiado a los testigos, y porque por ajenas conveniencias no hallen propios perjuicios, disponemos, que después que hubieren sido considerados necesarios, de suerte que en todos caso se les conceda licencia para recibir os testigos, aun estando ausente la otra parte, y no queriendo en manera alguna examinarlos, si llamados por los ejecutores no hubieran querido

comparecer, y para tomarles sus declaraciones estando presentes las otras partes, que los produjo. Mas trascurriendo esos días sea, es ciertamente lícito a los testigos marchar, sin que el juez tenga facultad alguna para llamarlos de nuevo, después que se hubieren ausentado. Y disponemos, que si en él hubiere consistido que no se preste el testimonio, resarza el mismo juez con sus propios bienes a la parte lesionada todo el perjuicio originado por semejante causa. Dada en Constantinopla a 12 de las Calendas de Abril, bajo el consulado de LAMPADIO y de ORESTA, varones esclarecidos. [530]

AUTÉNTICA de testibus. *Et hoc vero quia multoties.* (Nov. 90.c.9).- Pero también si alguno sufriera por parte de alguien algún perjuicio contra las leyes, o lesionado de otra manera, o sufriendo quebranto, hubiere querido producir testigos ante el juez y publicar sus demacraciones, sea prevenido por el juez, el adversario, y así, hallándose este presente, reciba el juez las declaraciones, Pero si no hubiere querido comparecer, reciba las declaraciones, que estando él ausente, y valdrán lo mismo que si hubiesen sido recibidas estando presente y no podrá oponer que fueron dadas por una sola parte.

20. El Mismo Augusto a JULIANO, Prefecto del Pretorio.-Cuando los testigos habían sido producidos ante jueces compromisarios, había habido divergencias sobre si el litigante debería valerse en juicio de las deposiciones de aquellos, o si no debería ser oído. Mandamos, pues, que si verdaderamente en el compromiso se determinó algo sobre este particular, sea esto lo que se observe; pero que si nada se convino, en semejantes casos, si verdaderamente sobrevivieran los testigos, tenga facultad a aquel contra quien se producen las deposiciones de aquellos, si la hubieres recusado, para permitir que se presenten de nuevo los testigos, y que no se les oponga que ya prestaron su testimonio, y si en manera ninguna hubiere querido conceder esto, admítanse las deposiciones de aquellos como si hubieran sido prestadas, habiéndose reservado contra las mismas todo el derecho legítimo que le compete; más si todos hubieran fallecido, impóngasele entonces la necesidad, probada la autenticidad de la escritura en que se relatan sus deposiciones, de admitirlas como si hubieran sido prestadas. Pero si hubiera casos diversos, y algunos de ellos hubieren muerto, y otros vivieran en este caso, resérvesele ciertamente al litigante, contra quien se producen los testimonios, la misma elección respecto al testimonio de los sobrevivientes, sin que respecto a las personas de los fallecido hayan de ser

rechazadas sus deposiciones; habiéndose reservado íntegro, según lo que ya hemos dicho, contra ellas y los testigos, todo el legítimo derecho que le compete a aquel contra quien son producidas. Dada en Constantinopla a 6 de las Calendas de Abril, bajo el consulado de LAMPADIO y de ORESTA [530]

BIBLIOGRAFÍA

- Abdalá Ricaurte, Ricardo. *Manual de medicina legal y técnica criminalística*. 3ª ed. Bogotá. Ediciones Dike. 2009.
- Acero Pinto, Luis Raúl. *El juez de control de garantías*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2005.
- Acevedo Ochoa, Fabiola. *Los términos en el derecho procesal penal*. Santafé de Bogotá. Grupo Editorial Leyer. 1998.
- Acosta Reyes, Pablo. *Anotaciones sobre el indicio en el derecho penal*. Universitas. Nov. 1983.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Derecho procesal Penal*. 3 v. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1945.
- Álvarez, Daniel. *Investigación de accidentes de tránsito*. 2005.
- Alzate Noreña, Luis. *Pruebas judiciales*. Manizales. Imprenta Departamental. 1941.
- Amador Díaz, Rubbi Elsa. *Ciencia del testimonio: la prueba testimonial. derecho probatorio*. Tunja. UniBoyacá. CEPADE. 2002.
- Angulo González, Rubén Darío. *Medicina forense criminalística*. 2ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004.
- Arciniegas Martínez, G. Augusto. *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. 2ª ed. Bogotá. Editorial Nueva Jurídica.
- Arias Duque, Juan Carlos. *El sistema acusatorio*. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006.
- Arias Duque, Juan Carlos *et al.* *El proceso penal colombiano y otros*. 1ª ed. Tomo I. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2005.

- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 2ª ed. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2004.
- Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá. Temis. 1998.
- Bacigalupo, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid. Marcial Pons. 2002.
- Barros Castillo, Nelson. *Argumentos forenses*. 2ª ed. Bogotá. 2005.
- Baytelman, Andrés. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Bogotá. Fondo de la Cultura Económica. 2005.
- Beling, Ernest Von. *Derecho procesal penal*. Traducción del alemán y notas por Miguel French. Barcelona. Labor. 1943.
- Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América. 1959.
- Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Extractado de los manuscritos de Jeremías Bentham / E. Dumont, compilador. Traducido al castellano por Diego Bravo Destourt, 2ª ed. Madrid. Tipografía de Ramón Rodríguez Rivera. 1847.
- Bernal Arévalo, Benjamín. *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*. 2ª ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2005.
- Bernal Cuéllar, Jaime. *Temas de derecho procesal penal*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1983.
- Bertel Oviedo, Álvaro. *Derecho probatorio*. v.2. Parte general. Parte especial. Tunja. Univ. de Santo Tomás. 2000.
- Bonilla, Carlos. *Investigación documento*. Ediciones La Rocca. 2001.
- Cancino Moreno, Antonio José. *Derecho penal y sistema acusatorio en iberoamérica*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2003.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *Oralidad, debate y argumentación*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.
- Canosa Suárez, Ulises. *Derecho probatorio disciplinario*. Bogotá. Procuraduría de la Nación. 1999.
- Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonzo. México. Harla. 1997.
- Carnelutti, Franceso. Cuestiones sobre el proceso penal, acción y proceso. *Revista de Derecho Penal Bogotá*, No.39 (Oct. - Nov., 2003).
- Castaño García, José Ignacio. Práctica probatoria directa a cargo de las partes procesales. *Nueva Época*, No. 25. Bogotá (Dic., 2005).
- Castro Ospina, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. 1ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.

•Bibliografía•

- Conway, James. *Evidencias documentales*. La Rocca. 2002.
- Cubillo López, Ignacio *et al.* coordinador David Cienfuegos Salgado. *Temas de derecho procesal penal de México y España*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.
- Cuello Iriarte, Gustavo. *Derecho probatorio*. Bogotá. Universitas. 2001.
- Cuello Iriarte, Gustavo. *Fundamentos constitucionales del derecho probatorio*. Bogotá. Universitas. 2004.
- Dacastro González, Alejandra. *El conainterrogatorio*. Librería Jurídica Comlibros. 2005.
- Deanton y Barbera, Francisco. *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Dellatorre A., Coruña. *Investigación de accidentes*. La Ley. 2002.
- Dellediane. *Nueva teoría de la prueba*. 5ª ed. Bogotá. Editorial Temis. 2001.
- Devis Echandía, Hernando. *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. 1980.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 4ª ed. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 1993.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá. ABC. 1995.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá. Editorial Temis.
- Domínguez, Camilo. *El indicio frente a la lógica jurídica*. 3ª ed. Bogotá.
- Esguerra Samper, José María. *Apuntes de derecho probatorio*. Santafé de Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1992.
- Esguerra Samper, José María. *Apuntes de derecho probatorio*. Bogotá. Pontificia Univ. Javeriana. 1992.
- Espinosa López, Luis Gerardo. *Derecho probatorio: curso teórico práctico (Jurisprudencia y doctrina)*. Bogotá. Librería del Profesional. 1986.
- Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones del derecho penal*. 5ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.
- Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal: actualizado con las nuevas disposiciones sobre competencia y extinción de dominio, e introducción al principio de oportunidad*. 4ª ed. Bogotá. Legis. 2003.
- Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio*. 5ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.
- Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal*. 6ª ed. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2006.
- Fábrega Ponce, Jorge H. *Teoría general de la prueba*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2000.

- Fábrega Ponce, Jorge H. *Teoría general de la prueba*. 2ª ed. Panamá. Editora Jurídica Panameña. 1986.
- Fernández, León. *Procedimiento penal acusatorio y oral*. 2ª ed. Bogotá. Editorial Librería Ediciones del Profesional. 2010.
- Fierro Méndez, Heliodoro. *Descubrimiento inevitable y expectativa razonable*. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 2002.
- Fierro Méndez, Heliodoro. *Exclusión de pruebas y de actos en el juicio oral*. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 2005.
- Fierro Méndez, Heliodoro. *La prueba en el derecho procesal penal*. Bogotá. Leyer. 1999.
- Fierro Méndez, Heliodoro. *Las nulidades en el derecho procesal penal*. Santafé de Bogotá. Grupo Editorial Leyer. 1997.
- Flórez Ruíz, José Rodrigo. *Pruebas judiciales*. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2002.
- Florian, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Traducción y referencias al derecho español por L. Prieto Castro. Barcelona. Bosch. 1934.
- Forero Romero, Alfredo. *De la eficacia de la prueba en derecho*. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional. 2007.
- Framarino Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá. 2002.
- Franco, Mario. *Erudito practico código de procedimiento penal*. Bogotá. Legis Editores S.A. 2007.
- Furno, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1954.
- García Vanegas, David. *Lecciones de derecho probatorio*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.
- García Vanegas, David. *Lecciones de derecho probatorio*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.
- Gil Villalobos, Martha Janeth. *Manejo de la escena del delito en el sistema penal acusatorio*. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Ibáñez. 2005.
- Herbeston. *Examen de sello de goma*. Editorial La Rocca. 2000.
- Ibáñez Guzmán, Augusto J. *Temas de derecho procesal penal*. Santafé de Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad Externado de Colombia. 1995.
- Iglesias, Jorge Isaac. *Estudios sobre derecho probatorio*. Santafé de Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1995.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.
- Jiménez Asenjo, Enrique. *Derecho procesal penal*. *Revista de Derecho Privado*. Madrid. (s. f.).
- Jouvencel, M.R. *Manual del perito médico*. España. Editorial Díaz de Santos. 2002.

•Bibliografía•

- Londoño Jiménez, Hernando. *Derecho procesal penal*. Bogotá. Temis. 1982.
- López Calvo, Pedro. *Investigación criminal y criminalística*. 2ª ed. Bogotá. Temis. 2008.
- López Peñaranda, Gerardo. Finalidad u objetivo del derecho probatorio. *Revista de Derecho Penal*, No. 31 (Jun. - Jul., 2002).
- Lozano Cadena, Raúl. *Técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*. 3ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. (s. f.).
- Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2003.
- Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2002-2003.
- Manzanares, Raquel. *Los nuevos procesales penales*. Tirant le Blanch. 2004.
- Marchiori, Hilda. *Criminología. La víctima del delito*. Ediciones Porrúa. 2004.
- Marín, Gustavo Morales. *Reforma judicial penal*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.
- Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. 7ª ed. Bogotá. Temis. 1992.
- Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. 12ª ed. Bogotá. Temis. 2002.
- Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*. 13ª ed. Bogotá. Editorial Temis. 2006.
- Morales López, Jairo. *Nuevo código de procedimiento penal (sistema acusatorio)*. Tomo I. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley Ltda. 2005.
- Morales López, Jairo. *Nuevo código de procedimiento penal (sistema acusatorio)*. Tomo II. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley Ltda. 2005.
- Morales López, Jairo. *Nuevo código de procedimiento penal (sistema acusatorio)*. Tomo III. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley Ltda. 2005.
- Moreno Catena, Víctor. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch. 2005.
- Moreno González, Rafael. *Balística forense*. Argentina. 2007.
- Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá. Legis Editores S.A. 2006.
- Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Bogotá. Legis Editores S.A. (s. f.).
- Núñez Cantillo, Adolfo. *El testimonio como medio de prueba*. Bogotá. Librería del Profesional. 1978.
- Ortiz Ricaurte, Édgar Henry. *La protección de testigos*. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 1999.
- Ossa Quintero, José Alex. *Derecho procesal penal*. Bogotá. Colección de textos académicos. 2003.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. *La prueba pericial*. Bogotá. Ediciones Librería Jurídica Sánchez Ltda. 2005.
- Paiz, Carlos. *Pericias médicas*. Ediciones La Rocca. 2004.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá. Librería del Profesional. 1986.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 8ª ed. Bogotá. Librería del Profesional. 1998.

- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial (el testimonio)*. 3ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas El Profesional. 2000.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Santafé de Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 2000.
- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial (el testimonio)*. 5ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas El Profesional. 2001.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 14ª ed. ampliada y actualizada. Bogotá. Librería del Profesional. 2004.
- Parra Quijano, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá. Temis. 2004.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 15ª ed. ampliada y actualizada. Librería Ediciones del Profesional. 2006.
- Pedraza Jaimes, Miguel Ángel. *Camino hacia una dogmática procesal penal en Colombia*. Bogotá. Doctrina y Ley. 1999.
- Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico-penales y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*. Bogotá. Univ. Externado de Colombia. 2005.
- Pérez Martínez, Sonia. *Identificación criminal*. 2ª ed. Bogotá. Editorial Jurídica de Colombia. (s. f.).
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *El juez penal. Juicio oral y las pruebas de oficio*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.
- Ramírez Bastidas, Yesid. *Sistema acusatorio colombiano*. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 2005.
- Ricci, Francisco. *Tratado de las Pruebas*. Madrid. La España Moderna. 1894.
- Río Frío, Juan Carlos. *La prueba electrónica*. Bogotá. Editorial Temis. 2004.
- Rodríguez Cuenca, José Vicente. *La antropología forense en la identificación humana*. Bogotá. Universidad Nacional. 2004.
- Rodríguez, Orlando Alfonso. *Prueba ilícita penal*. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.
- Rodríguez Pinzón, Julián Hernando. El descubrimiento de la prueba. *Facetas Penales*, No. 54. Bogotá (May. - Jun., 2006).
- Rodríguez R., Gustavo Humberto. *Los problemas generales de la prueba*. Foro Caldense. Feb. 1986.
- Rodríguez R., Gustavo Humberto. *Curso de derecho probatorio: compendio*. 6ª ed. Bogotá. Librería del Profesional. 1990.
- Rodríguez R., Gustavo Humberto. *Derecho probatorio*. 7ª ed. Bogotá. Ediciones Ciencia y Derecho. 1997.

•Bibliografía•

- Rodríguez R., Gustavo Humberto. *Derecho probatorio colombiano: compendio*. Bogotá. Librería del Profesional. 1983.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2000.
- Segura Convers, Bernardo. *La grafología forense en el derecho probatorio*. Bogotá. 1992.
- Serrano, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamental del derecho penal*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez / Universidad Santo Tomás. 2005.
- Sintura Varela, Francisco. *Sistema penal acusatorio*. Bogotá. Ediciones Dike-Universidad del Rosario. 2005.
- Solarte de Bolívar, Carmen Elisa. *Nuevo procedimiento penal sistema acusatorio*. Bogotá. Editorial Nueva Jurídica-Radar. 2006.
- Soto Romero, Julio. *Antropología forense y psicopatología criminal*. 2ª ed. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1998.
- Soto Romero, Julio. *Técnica jurídica de investigación penal e interrogatorios*. 3ª ed. Bogotá. Ediciones del Profesional Ltda. 2003.
- Suárez Martínez, Ernesto. *Fundamentos jurídico-forenses del nuevo procedimiento penal*. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2002.
- Taruffo, Michel. *La prueba de los hechos*. Trotta. 2011.
- Tirado Hernández, Jairo. *Curso de pruebas judiciales*. Parte general. Tomo I. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006.
- Tirado Hernández, Jorge. *Curso de pruebas judiciales*. Derecho procesal. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2006.
- Urazán Bautista, Juan Carlos. *Lecciones de derecho procesal penal*. 2ª ed. Santafé de Bogotá. Leyer. 1997.
- Urazán Bautista, Juan Carlos. *Derecho procesal penal*. Bogotá. Leyer. 1995.
- Valderrama, Carlos Alberto. *Tratado técnico jurídico sobre antecedentes de circulación y materias afines*. 8ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Profesional. 2006.
- Valderrama Vega, Enrique. *La investigación criminal en el nuevo sistema acusatorio*. 3ª ed. Bogotá. Radar Ediciones. 2005.
- Valderrama Vega, Enrique. *Técnica probatoria y criminalística básica*. 9ª ed. Bogotá. Editorial Jurídica Radar. (s. f.).
- Valencia M., Enrique Jorge. *Defensas penales consultas y dictámenes*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Doctrina y Ley. (s. f.).
- Vanegas González, Adolfo. *Huellas forenses. Manual de pautas y procedimientos en la medicina forense*. 2ª ed. Bogotá. Ediciones Biblioteca Jurídica Dike. 2002.

Vargas Vargas, Pedro Pablo. *Las pruebas en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

Zuleta Cano, José Abad. *Experiencias forenses en el sistema acusatorio*. Bogotá. Librería Jurídica Sánchez Ltda. 2006.



Editado por la Universidad Católica de Colombia en julio de 2015, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts. Publicación impresa
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A
Carrera 69h #77 - 40, Bogotá.
Tel. (1) 6020808

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección busca aportar elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

Otros títulos de la Colección

JUS - Penal:

- Derecho, seguridad y globalización
- Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control, una introducción crítica
- El principio de complementariedad en el derecho penal internacional
- Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas
- Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano

PRODUCCIÓN PROBATORIA
DE LA VERDAD
LEY 906 DE 2004

8

La producción de la verdad en los procesos penales tiene cada día más relevancia en el ámbito judicial; y se relaciona con cómo en ese escenario el juez y los abogados hacen un manejo de la prueba para llegar a la verdad. Por ello, en la presente obra se describen aspectos semióticos tales como la transvaluación y la negación, los cuales se vinculan al análisis y sirven en la decodificación de la verdad procesal. De igual manera, se establece una reconstrucción histórica de la Ley 906 de 2004, en torno a la producción de la verdad desde el manejo de la prueba.

Para finalizar, y teniendo como referencia una investigación exhaustiva con abogados en torno a la forma como ellos buscan la producción de la verdad, a través del manejo de la prueba, se encontró que existen variadas técnicas en la justicia penal, que van desde la reconstrucción fidedigna, el análisis sintagmático y extensional de los signos legales, hasta entrevistas semiestructuradas y observación *in situ*.

