

Los Principios Rectores y su relación con la prueba en el nuevo Código de Procedimiento Penal

DECRETO 50 DE 1987

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ *

La prueba en el nuevo Código de Procedimiento Penal está gobernada por principios, de los cuales algunos de ellos tienen expresa definición en la normatividad, mientras que otros campean dentro del estatuto sin específica descripción. Al primer grupo pertenecen las normas rectoras y los principios generales de la prueba; al segundo, otros menos generales cuya influencia puede ser detectada mediante el rastreo interpretativo del conjunto de normas.

La doctrina y la jurisprudencia decanta algunos principios que se convierten en orientadores, con gran influencia para el proceso de hermenéutica, que si bien no son vinculantes para el juez, sí le sirven de eficaz instrumento para facilitar la tarea de interpretación y para el logro de un derecho sistémico. Estos son los PRINCIPIOS RECTORES.

Luego, el legislador recoge esos principios y los plasma dentro del derecho positivo, constituyéndose en pautas superiores y abstractas, cuyo sentido no lo puede desatender leyes especiales o complementarias. Su jerarquía hace que tengan prelación hermenéutica sobre las demás leyes y normas consagradas en el estatuto que los contiene, constituyéndose en guía y norte para el intérprete y para el juez. Estos sí tienen fuerza vinculante y son obligatorios, pues no se trata de simples recomendaciones. Deben ser obedecidos y respetados porque no se trata de generosas concesiones hechas por el legislador, sino de la concreción de principios universales, además de tener profundo rai-gambre constitucional. Estas son las NORMAS RECTORAS.

* Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Seccional Santander.

Por ello consideramos que el título preliminar del nuevo Código de Procedimiento Penal ha debido denominarse Normas Rectoras y no Principios Rectores.

Las normas rectoras están consagradas en los primeros 17 artículos del Código nuevo. Y, si bien es cierto que dichas normas hacen referencia expresa al proceso penal, no es menos cierto que es incuestionable la perfecta relación que tienen, algunos de ellos, con el aspecto probatorio. Pues, el móvil que lleva al legislador a trazar las reglas de la prueba, es el mismo que ha presidido la estructuración entera del proceso criminal.

El procedimiento penal tiene un doble **objetivo**, consignado en el artículo 11:

- a) La efectividad del derecho material; y
- b) La efectividad de las garantías debidas a las personas que en el proceso intervienen.

El papel de la prueba en la efectividad del derecho material consiste en que teleológicamente está instituida para el logro del imperio del derecho penal, mediante la obtención de la verdad material, en contraposición a la verdad formal, justamente, por razón de los intereses que se encuentran comprometidos en el fin y desarrollo del proceso penal, en donde no solo se ventilan asuntos que importan a quienes se encuentran trabados en litis (de derecho privado), sino también a la sociedad y al mismo Estado.

Ese derecho material tiene una doble connotación: la punitiva y el restablecimiento del derecho. La primera se refiere a que el verdadero responsable reciba el condigno castigo. A la segunda hace expresa mención el artículo 16 del nuevo estatuto, cuando le manda al juez disponer que las cosas "vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible".

La garantía efectiva a las partes se logra por la real y no aparente aplicación del catálogo de normas rectoras señaladas en el Título Preliminar y de los principios generales de la prueba contenidos en el Capítulo I del Título V, porque todos ellos apuntan al respeto a las garantías sociales y derechos individuales y civiles.

El logro de ese doble objetivo se obtiene consagrando para el proceso penal ciertas exigencias, cuya plenitud debe acatarse para que el juicio tenga validez. Solo así puede hablarse del DEBIDO PROCESO.

Las normas rectoras llamadas DEBIDO PROCESO y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO, constituyen el eje alrededor de las cuales giran las demás normas rectoras, los principios generales de la prueba y aquellos que no lograron creación legal.

Abocaremos el estudio de estas normas máximas, así:

El Debido Proceso:

El artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice:

"1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

"2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Este artículo contiene los siguientes principios:

1. El del in dubio pro reo.
2. El de la publicidad del juicio.
3. El de la prueba judicial.
4. El de la actividad probatoria.
5. El de la ley penal como presupuesto sustantivo.

Estos mismos principios están consignados en nuestra Constitución Nacional, pues su artículo 26 consagra las siguientes garantías:

1. La legalidad de la jurisdicción.
2. La legalidad del delito y de la pena.
3. El juzgamiento con las formalidades propias del proceso.
4. La aplicación de la norma más favorable.

Estos principios, junto a otros, perfilan la **Seguridad Jurídica**, fundamento éste del Estado de Derecho, pues aquella no se concreta, en su totalidad, con la consagración de principios tales como el de nullum crimen sine lege, o el de nulla poena sine lege, sino también en el de nullum crimen sine iudicio y el de la cosa juzgada, entre otros, con los cuales se forjan el de la legalidad de la jurisdicción y el del juzgamiento con las formalidades propias de cada proceso. Esa seguridad se predica respecto de todo el ordenamiento jurídico, pero especialmente respecto del derecho penal, puesto que los pueblos que conocen las libertades civiles y garantías individuales, saben y comprenden muy bien que el proceso criminoso puede convertirse en peligroso instrumento de opresión.

En materia penal, la seguridad jurídica se traduce, fundamentalmente, en cinco aspectos:

1. El interés que tiene el perjudicado por el delito y la sociedad a la cual éste pertenece, de que el castigo recaiga sobre el verdadero culpable, motivo por el cual la sanción se convierte en una necesidad.
2. La exigencia de ley previa al delito y a la pena.
3. El interés de que el proceso penal sea rituado, por el juez competente, de conformidad con las reglas preestablecidas.
4. La protección debida a las libertades individuales, las cuales pueden comprometersen gravemente con el desarrollo y los efectos del proceso.
5. La imposibilidad de imponer pena al inocente.

Estos convergen a un mismo principio, el denominado DEBIDO PROCESO.

La noción del debido proceso se hace realidad gracias al concurso de otros principios y normas rectoras, como lo veremos a continuación.

El proceso penal tiene varias etapas, a saber: la preinstructiva, la instructiva, la precalificatoria, la calificatoria, la del juicio y la del fallo. En cada una de estas etapas, los mandatos rectores juegan un papel muy particular, lo cual nos anima a analizarlas separadamente, así:

La etapa preinstructiva:

En este estadio, sin que exista un verdadero proceso, se practican pruebas, por parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial o del juez de instrucción. En él no hay contradicción, porque las pruebas se practican sin la intervención de las partes, las cuales se integran en la etapa del sumario. Solo en el excepcional caso de que se le reciba versión al imputado (Art. 344), podrá ser conocida la prueba por su defensor.

Si no hay contradicción de la prueba, huelga comentar la imposibilidad de que tengan de ejercicio los demás principios.

Si dicha prueba la practica el juez, debe tenerse por incorporada al proceso cuando se abra la investigación, porque el juez la ha decretado previo auto; pero, si ha sido practicada por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, debe el juez legalizarla al proferir auto cabeza de proceso o en providencia posterior, para que las partes sepan cuáles diligencias valorará el juez, permitiéndose, así su contradicción. Este es el sentido del artículo 338.

La etapa de la investigación:

En este momento procesal se dan todas las normas rectoras y los principios generales de la prueba, porque es cuando se cumple el debate probatorio en toda su intensidad. Constatémoslo.

La necesidad de la prueba:

La prohibición de que el juez aplique el conocimiento privado que tenga sobre los hechos, trae como consecuencia que la decisión final, hacia la cual apunta el proceso penal, deba fundarse sobre las pruebas aportadas al proceso a instancia del juez o a petición de parte, permitiéndose, así, la publicidad y contradicción. De esta manera se impide que el juez supla dicha prueba con el personal o privado conocimiento que tenga sobre ellos.

Esta es la razón de la existencia del artículo 246.

Derecho de petición de prueba:

Si el derecho que le asiste a las personas a presentar peticiones a las autoridades y el correlativo deber de éstas a resolverlas oportunamente, es uno de los destacados fundamentos de las democracias modernas, tal como lo consagra el artículo 45 de nuestra Constitución Nacional, con mayor razón debe reinar aquel dentro del proceso penal, por la envergadura de los intereses comprometidos en éste.

Es así como se le otorga a las partes la potestad de pedir pruebas y se le impone al juez el deber de pronunciarse sobre la solicitud dentro de los dos días siguientes. Facultades éstas que se encuentran especialmente desarrolladas en los artículos 46, 64, 122, 126, 137 y 142, porque dentro de las atribuciones que la ley le otorga a las partes y al tercero incidental, en dichas normas, está la de pedir pruebas.

Legalidad de la prueba:

Para poder ejercer el contradictorio, es necesario que las partes tengan conocimiento acerca de cuáles pruebas valorará el juez, puesto que como aquellas pueden aportar variados elementos probatorios, se requiere de la previa declaración del juez en el sentido de si los admite o no, debiendo dictar auto disponiendo: o la práctica de la prueba (cuando ha sido solicitada por parte o la ordene el juez de oficio) o la admisión de la aportada (cuando la parte la anexa ya elaborada, por ejemplo la prueba testimonial extraprocesal, etc.). A medida que el interesado va aportando pruebas al proceso, el juez debe ir pronunciándose sobre ellas para que las demás partes sepan si va o no a ser objeto de valoración en decisión de fondo.

Por ello, entrándose de prueba practicada en la parte preinstructiva, especialmente por el cuerpo de policía judicial, al dictar auto cabeza de

proceso o luego, el juez está en la obligación de señalar cuáles de esas pruebas incorpora al proceso.

Si no hay providencia disponiendo la práctica o admisión de la prueba, esta será inexistente, de acuerdo con lo normado por el artículo 310 del C.P.P., sin necesidad de decisión que así lo determine, porque no se trata de nulidad, sino de inexistencia. Luego, dicha prueba jamás podrá ser analizada por el juez.

En los procesos en los cuales interviene el jurado popular, el juez del conocimiento debe tener el cuidado de no permitir que en la audiencia pública se comente y analice prueba que no ha sido legalizada.

Acá entra en acción el siguiente principio:

Pertinencia de la prueba:

Este tiene una denominación equivocada en nuestro nuevo Código Procesal, puesto que se confunden las nociones de pertinencia y conducencia. Como la conducencia se refiere a la idoneidad o capacidad demostrativa del medio probatorio, en tanto que la pertinencia indica la relación de causalidad entre el medio y el hecho, debe entenderse referido el principio (Art. 251) a la pertinencia y no a la conducencia.

Para evitar un desgaste inútil del aparato jurisdiccional, el juez debe rechazar las pruebas que no son concernientes al proceso, por ausencia de comunicabilidad entre la prueba y el hecho que es materia del debate. Obviamente que su decisión puede ser materia de gravamen (Art. 206).

Libertad de prueba:

Para la investigación del hecho punible el juez cuenta con libertad de prueba, según lo indica el artículo 254, principio que no es absoluto, porque limita los medios de prueba a los expresamente señalados por los artículos 258 (la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios) y 364 (juramento estimatorio).

De esta manera quedan abolidos como medios probatorios el careo y la reconstrucción de los hechos los cuales sí son válidos en el actual estatuto.

La publicidad de la prueba:

Está considerada como norma rectora (Art. 9). Con ella se busca que a las partes se les permita el conocimiento de la prueba, para que intervengan en su práctica. Lo mismo que se les permita conocer las conclusiones que el juez saca sobre la prueba, siendo éste el fundamento de la motivación de las decisiones.

La norma rectora encuentra concreción en el artículo 174 del C. de P.P., al señalar las providencias que deben ser notificadas a las partes. Si bien es cierto que en la etapa de la instrucción no se notifican las providencias que disponen la práctica o admisión de prueba, con ello no se está vulnerando este principio, porque las partes pueden conocer las decisiones en cualquier momento en que quieran tener acceso al proceso.

Así mismo, encuentra desarrollo este principio en el artículo 165 del nuevo Código, el cual manda que en las diligencias en las cuales habrá de intervenir o asistir el procesado, es forzosa la asistencia del defensor, para lo cual habrá de comunicarle a éste, oportunamente, el día y la hora de la diligencia, so pena de que la prueba se considere inexistente.

En tratándose de prueba trasladada, el auto que dispone su incorporación al proceso debe ser notificado a las partes (Art. 174), para que éstas puedan ejercitar el derecho de contradicción, como se verá adelante.

Con todo, este principio tiene consagradas algunas restricciones en el Código, relacionadas con la práctica y aducción de algunas pruebas muy especiales y solo respecto de esos casos. Nos referimos a los artículos 367, 368 y 371.

En efecto, el artículo 367 dispone que la providencia que decreta el allanamiento y el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la interceptación de comunicación telefónica, "no se dará a conocer por las partes hasta tanto el juez considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia", no procediendo recurso alguno contra dicha providencia.

El artículo 368 dice que el auto que dispone el allanamiento y registro de bienes inmuebles o de naves o de aeronaves, no requiere notificación, a pesar de ser interlocutorio.

El artículo 371 dispone que no se notificará la decisión que ordene la retención de la correspondencia postal o telegráfica que el procesado remita o reciba con excepción de la que se cruce con el defensor.

Desde luego que dichas pruebas deben practicarse previa providencia, la cual solamente se allegará al proceso luego del diligenciamiento pertinente.

Estas excepciones están consagradas para cumplir el siguiente principio.

Aseguramiento de la prueba:

Este es tratado por el artículo 259 del C.P.P., el cual dispone que el juez debe velar por evitar la alteración, destrucción u ocultamiento de

los elementos materiales de la prueba, disponiendo la vigilancia especial de las personas o de los inmuebles, o el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros y otros documentos.

El juez no es, entonces, un apacible receptor y forjador de pruebas. Tiene la potestad de aplicar medidas orientadas a asegurar la integridad de los medios probatorios y de sus fuentes.

Contradicción de la prueba:

La norma rectora está contenida en el artículo 10. Igualmente, existe un principio general de la prueba, señalado en el inciso final del artículo 249.

La parte contra quien se opone una prueba, tiene derecho no solo a conocerla (publicidad), sino de contradecirla, de analizarla y de discutirla. En contradicción se refiere también al derecho de recurrir contra las providencias que denieguen la admisión o práctica de pruebas y contra aquellas en las cuales se hace valoración que la parte considere equivocada o incompleta.

A tal efecto, el inciso final del artículo 249 dispone que "las partes tienen derecho a intervenir en la práctica de pruebas", lógicamente, para rebatirlas y contradecirlas.

Igualmente, se les da la oportunidad de interponer recurso contra aquellas providencias respecto de las cuales consideren que la valoración de la prueba ha sido equivocada por parte del juez. Me refiero a los recursos ordinarios de apelación, reposición y de hecho, contemplados por los artículos 195 y ss., los cuales pueden ser interpuestos por cualquier parte, pues esta es una de sus funciones (Arts. 46, 64, 122, 126, 137 y 142). Además, de los recursos extraordinarios.

Oportuno es hacer comentario al concepto de la PRUEBA TRASLADADA (Art. 256).

La prueba válidamente practicada en un proceso, dentro o fuera del país, podrá trasladarse a otro en copia auténtica.

No hace referencia la disposición a que en el proceso primitivo se hubiere practicado la prueba a petición o con audiencia de la parte contra quien se aduce, como sí lo exige expresamente el artículo 185 del C. de P.C.

La publicidad de la prueba trasladada, dentro del proceso penal, se cumple con el acto de la notificación de la providencia que la pone en conocimiento de las partes (Art. 174).

Aún cuando no se hace expresa consagración del derecho de contraprobar dicha prueba trasladada, con apoyo en la norma rectora ya comentada (de la contradicción), creemos que las partes pueden pedir su reproducción cuando se trata de prueba testimonial, para así rebatirla, de manera que si éstas guardan silencio no se necesita tal repetición de la prueba.

La oficiosidad:

De acuerdo con el contenido del artículo 7, el juez tiene la obligación de decretar oficiosamente la práctica de pruebas que considere necesarias y útiles para la verificación de los hechos del proceso.

En materia penal esta norma es elemental, precisamente por ser una rama de derecho público y porque el interés en que sobre el responsable verdadero recaiga la sanción no solo lo tiene el directamente perjudicado por el hecho punible o sus herederos, sino toda la sociedad ya que solamente de esta manera se consolida el orden público.

Esto nos obliga a comentar que en materia penal la carga de la prueba le corresponde al Estado, a través de la Rama Jurisdiccional, y no a las partes.

Así el artículo 358 manda que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan o agraven la responsabilidad del procesado, sino también los que la eximan de ella, la extingan o la atenuen.

Ni la parte civil tiene dentro del proceso la carga de la prueba en sentido estricto, porque su actividad procesal no altera el resultado de la sentencia respecto de la condenación al pago de la indemnización de los perjuicios, al cual se limita su particular interés dentro del proceso pues el ministerio público, como representante de la sociedad, debe procurar la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, así el perjudicado o sus herederos no lo intenten.

Además, dentro del objetivo de la investigación, el artículo 360 le señala al funcionario de instrucción, la obligación de ordenar y practicar pruebas orientadas a la determinación y cuantificación de los perjuicios morales o materiales, a cuyo pago debe condenar al responsable en la sentencia (Art. 50).

La lealtad:

Está consignada como norma rectora (Art. 6). Con ella se busca que las oportunidades que se les da a las partes para que presenten o pidan pruebas no se utilicen para ocultar o deformar la realidad y para tratar de llevar al juez a una situación de error a través del engaño.

Todos deben obrar dentro del proceso con probidad y buena fé.

La confrontación jurídica debe hacerse con igualdad y equidad, pues las desigualdades dan vía libre a la injusticia.

Deben lealtad no solo los litigantes, sino también el juez y el fiscal. Esto es el fundamento de la igualdad dentro del proceso.

La igualdad de oportunidades:

Durante la fase investigativa todas las partes tienen igualdad de oportunidades, pues a todas ellas se les da similar ocasión de pedir pruebas, de intervenir en su práctica y de interponer recursos. Para constatar esta afirmación basta consultar las facultades de cada una de ellas, pues ni el defensor, ni el procesado, ni el agente del ministerio público, ni el apoderado de la parte civil, ni el tercero civilmente responsable, están en preferencia procesal con respecto a las demás partes.

Esta no es una norma rectora ni un principio general de la prueba, pero su existencia se palpa dentro del procedimiento penal con el contenido de los artículos 46, 64, 122, 126 y 142. Lo cual se reafirma con lo dispuesto por el artículo 149, porque la persona que no supiere expresarse en idioma español, lo hará por medio de intérprete.

La favorabilidad:

De acuerdo con el artículo 5º, la ley procesal que sea permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, con una limitación en cuanto a la que fije jurisdicción o competencia o determine lo concerniente a la sustentación y ritualidad del proceso, lo cual se aplicará desde cuando entre a regir.

En materia probatoria, sí opera el principio de favorabilidad. O sea que en aquellos procesos que se adelanten por hechos punibles cometidos durante la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, puede practicarse pruebas que no estén señaladas dentro del elenco de los medios probatorios del nuevo estatuto. Así, el careo o la reconstrucción de los hechos, contemplados en el actual Código, pueden practicarse, a instancia del juez o a petición de parte, durante la vigencia de la nueva ley, porque pueden ser favorables para el procesado y porque dichos medios nada tienen que ver con las materias a las cuales la ley procesal restringe la favorabilidad.

La gratuidad:

La actividad probatoria no prodrá causar erogación alguna a las partes. Así lo manda el artículo 8º.

En algunas normas se concreta este principio. El artículo 285 señala la obligación que tiene toda persona de declarar, salvo las excepciones legales. Las citaciones que hace el empleado del juzgado no causa-

rán ningún costo, a diferencia del proceso civil. El cargo de perito es de forzosa aceptación, so pena de que se dé aplicación a las sanciones señaladas por el artículo 261 del C. de P.P.; y, la prestación del servicio es gratuita.

Presunción de inocencia:

Está redactado el principio en el artículo 3°. Corresponde éste a los principios universales y constitucionales ya comentados.

Desde el momento en el cual el juez inicia el proceso y especialmente cuando decide vincular a alguien al mismo, debe estar guiado por esta norma rectora, pues solamente cuando haya cierta prueba indicativa de la responsabilidad debe oír en indagatoria a quien considere autor o partícipe del hecho punible, porque esa vinculación tiene una doble consecuencia: la primera, consistente en que el indagado permanecerá sub judice hasta cuando termine el proceso por sentencia o por cesación del procedimiento, debiéndole resolver su situación jurídica en el momento oportuno; la segunda, referida al estigma que carga quien se encuentra en calidad de procesado. Es por ello por lo que el juez debe evitar ligeras e injustificadas indagatorias, las cuales solo dejan indelebles desdoras.

Esta norma rectora va de la mano con la siguiente.

La libertad personal:

Si la libertad personal es el estado natural y el derecho de mayor jerarquía, debe tenerse dentro del proceso penal como la regla general, siendo excepcional su restricción por parte del juez, quien en su soberanía solamente puede limitarla cuando se den a cabalidad los presupuestos para dictar medida de aseguramiento. Igualmente, al momento de decidir sobre solicitud de libertad debe dejarse guiar por esa presunción de inocencia, de manera que si la prueba recogida hasta ese momento le permite dudar sobre la real existencia de una causal de encarcelación, este estado de escepticismo debe resolverlo en favor del detenido, ya que la providencia que dispone la libertad tiene ejecutoria formal, pudiéndola revocar en cualquier momento, cuando hayan variado los supuestos que le hicieron creer que no era recomendable la efectiva privación de la libertad.

Reconocimiento de la dignidad humana:

Para la práctica de las pruebas el juez debe tener siempre presente el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No solo con respecto del procesado, sino también con relación a las demás personas que deben concurrir, por cualquier motivo, al proceso penal. Así debe interpretarse el artículo 2°.

Por ello, para la práctica de pruebas con intervención del procesado especialmente la confesión, el juez no puede utilizar medios de coacción tales como la tortura, pues dicha declaración debe ser espontánea (Art. 296).

De otra parte se tiene que el juez al utilizar medios técnicos en la actuación procesal debe restringirlos a aquellos que no atenten contra la dignidad humana (Art. 147) proscribiéndose la utilización de sistemas físicos como el detector de mentiras o psicológicos como la embriaguez o la hipnosis, para obtener información del procesado o del testigo.

Preclusión de la prueba:

Este no encuentra expresa consagración en la ley procesal penal. Consiste en la pérdida de oportunidad para la práctica y análisis de la prueba, en aras a que el proceso se desarrolle en orden y se permita el cumplimiento del principio de la lealtad, cerrándose así el paso a la anarquía.

Para agotar la investigación, la ley expresamente le señala al juez un término en su artículo 354, el cual, en principio, es de 30 días, cuando exista persona privada de la libertad, pudiéndose extender a 60 si las personas privadas de la libertad o los delitos investigados fueren más de dos. Términos éstos que se duplicarán cuando no exista persona privada de la libertad.

Vencido este término, o perfeccionada la investigación antes de su vencimiento, el juez la cerrará (Art. 468). Con ello se está indicando: que no es forzoso dejar transcurrir dicho término si la investigación se ha perfeccionado antes de su vencimiento; y, que, en cambio, sí es forzoso no prolongarla más allá del mismo.

No puede entonces, dilatarse indefinidamente el debate probatorio, pues bien puede cuestionarse la legalidad de las pruebas practicadas fuera del término que la ley señala para tal efecto.

Esto, porque cuando no exista mérito para ordenar la cesación del procedimiento o prueba para formular resolución de acusación, el juez ordenará la reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de 60 días (Art. 473), ya que vencido éste último debe cerrarla de nuevo y calificar, disponiendo la cesación del procedimiento si no es posible formular resolución de acusación.

Etapas precalificatorias:

Como tal se denomina la que media entre el cierre de la investigación y la calificación del mérito del sumario.

Con el cierre de la investigación precluye la oportunidad de practicar pruebas dentro del sumario. Pues ejecutoriada el auto que dispone

tal cierre, como se trata de una ejecutoria material y no formal, la decisión a tomar a continuación es la de la calificación del sumario. Si ejecutoriado dicho auto se pone el imputado a disposición del juez, contra quien había ordenado su captura sin que lo haya vinculado con la declaratoria de reo ausente, el Juez no puede revocar la providencia mencionada para oírlo en indagatoria. Debe esperar la reapertura de la investigación, si la dispone, o al probatorio del juicio, para la recepción de la injurada.

En esta etapa opera básicamente el principio de la contradicción, porque se le da a las partes la oportunidad para que presenten sus alegatos, en los cuales analizarán y discutirán la prueba que se ha recogido durante la instrucción. Todas las partes gozan de la misma garantía, porque la ley les concede un término común de ocho días para alegar, pudiéndolo hacer el agente del ministerio público, el defensor, el procesado, el apoderado de la parte civil o el apoderado del tercero civilmente responsable, ya que la norma se limita a decir que el proceso queda a disposición "de las partes".

También opera el principio de la preclusión, porque vencido ese término de ocho días, fenece la oportunidad de alegar, de manera que habiendo pasado el proceso al despacho del Juez para calificar, no es posible incorporarle alegaciones extemporáneas.

Etapa calificatoria:

Se refiere a la decisión que ha de tomar el juez al calificar el mérito del sumario. Tiene una triple alternativa:

1. Proferir resolución de acusación.
2. Proferir cesación de procedimiento.
3. Ordenar la reapertura de la investigación.

Respecto de las dos primeras se exige por parte del funcionario un examen del material probatorio, motivo por el cual entra a operar el principio de

La evaluación de la prueba:

Este consiste en que la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar al juez a la convicción sobre los hechos. Es la función más importante del juez, porque es el único actor, mientras que las demás partes son simples colaboradoras. Es fundamental este principio, porque el conocimiento de tal valoración permite garantizar el derecho de contradicción.

La ley no le otorgó al juez una autonomía total e ilimitada, ni una soberanía arbitraria, por cuanto le ordenó someterse en el análisis y

valoración de la prueba a las pautas que marca la sana crítica. El Juez tiene la obligación de valorar cada uno de los medios probatorios y declarar el valor que les asigne. Para demostrar que ha atendido este mandato debe exponer, siempre, razonadamente el mérito de cada prueba. Tal análisis probatorio no es una graciosa concesión del juzgador, sino el acato a un imperativo, para garantizar el derecho de defensa, además del debido proceso. La libertad de apreciación que tiene el juez no se asimila a la apreciación que la ley le otorga a los jueces populares, porque mientras éstos fallan atendiendo su personal conciencia, aquél sí está obligado a motivar sus conclusiones sobre la prueba. Para agotarse la contradicción debe conocerse el fundamento racional de la crítica probatoria, debe conocerse la eficacia y el mérito que le da al caudal probatorio.

Encontramos el fundamento de este principio en el artículo 163 de nuestra Constitución Nacional, el cual manda que las decisiones deben ser motivadas.

Aún cuando no se encuentra expresamente señalada como norma rectora, ni como principio general, sí encontramos dos normas que la concretan. Se trata de los artículos 471 y 186 del C. de P.P.

Uno de los requisitos formales de la resolución de acusación consiste en que debe contener "la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación" (numeral 2º del artículo 471). Con lo cual está indicando que el juez no solamente debe mencionar e indicar los medios probatorios, sino que tiene la obligación de precisar el valor de cada uno de ellos.

Una resolución de acusación que no cumpla con tal exigencia, torna el cargo anfibológico, quebrantando así el debido proceso y el derecho de defensa, por imposibilidad de ejercer una adecuada contradicción.

Si un testimonio le merece credibilidad, debe decir por qué. Si un hecho lo considera como indicio grave, debe dar una cabal explicación del porqué. No es suficiente decir que el testimonio le merece credibilidad ni que tal hecho constituye indicio grave.

En esa misma etapa opera el principio de PRESUNCION DE INOCENCIA.

Esto en consideración a que solamente podrá dictar el juez resolución de acusación cuando exista una prueba mínima indicativa de la responsabilidad del procesado: O un testimonio que le merezca credibilidad o pluralidad de indicios graves. Si esa prueba no concurre la acusación no procede, porque la ley considera que no se ha desvirtuado el principio de la presunción de inocencia.

Etapas del juzgamiento:

Esta etapa consta, básicamente, de dos momentos: el del probatorio y el de la audiencia pública.

En el probatorio operan todos los principios a los cuales nos referimos en la etapa de instrucción.

La audiencia pública está básicamente edificada sobre el principio de la contradicción, pues es en esa oportunidad cuando a la prueba se le debate por última vez, se le analiza, se le examina y se alega su valor por las partes que intervienen.

Observamos, sin embargo, que la ley no contempla expresamente la posibilidad de intervención, en la audiencia pública, de una de las partes reconocidas en el nuevo Código. Me refiero al tercero civilmente responsable. Pues, si leemos con detenimiento el artículo 496 encontramos que el juez en la audiencia concederá la palabra al fiscal, al apoderado de la parte civil, al procesado y al defensor, sin mencionar al apoderado del tercero civilmente responsable.

Como tal tercero es parte interesada en las resueltas del proceso, porque la sentencia puede afectarlo al condenarlo, solidariamente, al pago del valor de la indemnización de los perjuicios, debe tener derecho a participar activamente en este importante momento procesal.

Es por ello por lo que creemos que a pesar del silencio de la norma (Art. 496), con apoyo en el principio de la igualdad de oportunidades y de la norma rectora de la contradicción, se le debe permitir intervenir, pues ese instante procesal se asimila, guardando las proporciones, al de la alegación de conclusión en los procesos civiles ordinarios.

De lo contrario se atentaría contra el principio del debido proceso y del derecho a la defensa.

Etapas del fallo:

En la sentencia opera la presunción de inocencia, complementada con el principio del indubio pro reo (Art. 248).

Prueba para condenar:

Se requiere de la existencia de una prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado (Art. 247).

No basta, entonces, la seguridad sobre la existencia del hecho, sino que el juez debe declarar en su sentencia condenatoria que la certeza se extiende a los elementos del hecho punible.

Esto significa que el juez debe pronunciarse sobre cada uno de los elementos del delito, explicando en el fallo cuáles medios probatorios le dan certeza sobre la tipicidad, sobre la antijuridicidad, sobre la imputabilidad y sobre la culpabilidad. No basta decir, de manera genérica, que la certeza versa sobre todos los mencionados supuestos.

In dubio pro reo:

Este principio de rectitud y de prudencia ha sido aceptado universalmente. Significando con ello que si el juez no logra la certeza sobre la existencia del hecho y sobre la concurrencia de los elementos del delito, debe absolver.

Desde luego que no toda duda obliga a absolver de manera total, porque si la misma versa, por ejemplo, sobre la tipicidad frente a dos delitos, debe condenar por el menos grave, o si la duda recae sobre una forma de culpabilidad (dolo), debe condenar por la más benigna (culpa o preterintención).

Recordemos que no queda en nuestro derecho penal ningún resago de presunción de responsabilidad, pues solo campea la de inocencia del procesado, libre del asedio odioso de aquella.

Debe igualmente, observarse el principio de la evaluación de la prueba, pues es la etapa en la cual más debe entregarse el juez a su tarea, por ser la última y definitiva y porque así lo manda el artículo 186 al disponer que la sentencia debe contener "El análisis y valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión".

Valen las consideraciones que sobre este particular se hicieron respecto de la resolución de acusación.

Bucaramanga, mayo de 1987.