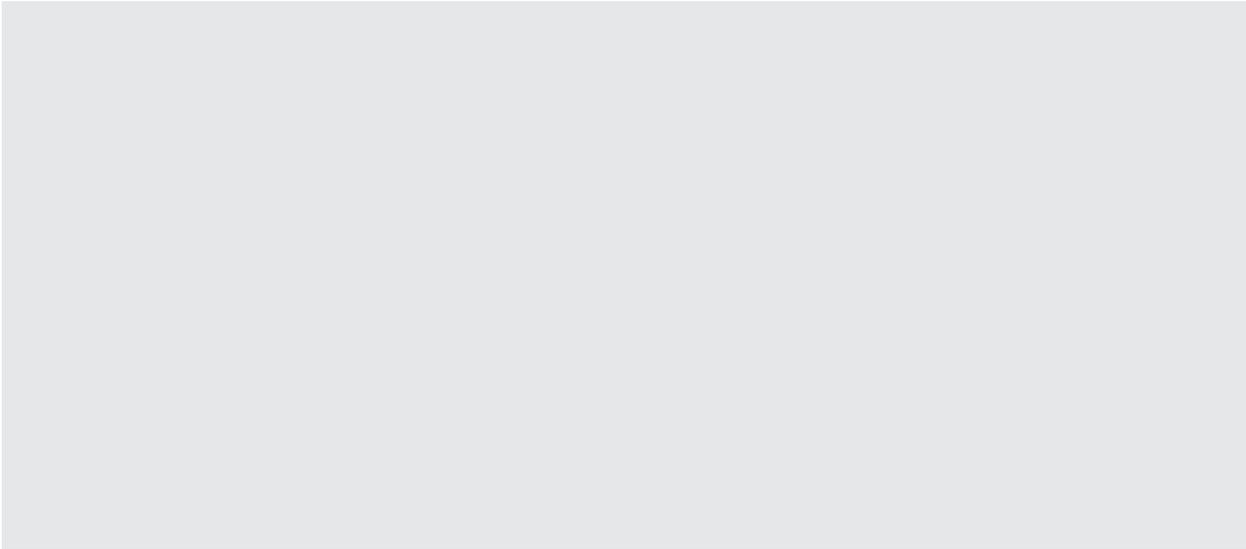




GUÍA JURISPRUDENCIAL SOBRE CONCEPTOS ACUSATORIOS



GUÍA JURISPRUDENCIAL
SOBRE CONCEPTOS
ACUSATORIOS

GUÍA JURISPRUDENCIAL SOBRE CONCEPTOS ACUSATORIOS

EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN COLOMBIA

Nicholas Durham
Director de Opdat (Colombia)
Departamento de Justicia de los Estados Unidos

UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL CÚCUTA

Débora Guerra Moreno
Rectora Seccional

Diego Armando Yáñez
Director del Centro de Investigaciones

COORDINACIÓN

José María Peláez Mejía
Harry Fernando Mora Mayorga

COAUTORES

José María Peláez Mejía
Harry Fernando Mora Mayorga
Kenny Dave Sanguino Cuéllar
Angélica Quintero Jaimés
Ronald Jesús Sanabria Villamizar
Yefri Yoel Torrado Verjel
Juan Camilo Páez Jaimés

EQUIPO DE REVISIÓN ACADÉMICA:

María Consuelo Córdoba Muñoz
Yucelis Patricia Garrido Ochoa
Nelson Saray Botero
Jaime Ángel Londoño

DISEÑO E IMPRESIÓN

Comunicación Gráfica - Legis S.A.
Av. Calle 26 No. 82-70 - PBX: 425 5255 - www.comunicaciongraficalegis.com - Bogotá - Colombia
Corrección de estilo: Yenny Esmeralda Urrego Jiménez

ISBN: 978-958-52786-1-5

Impreso en Colombia
Printed in Colombia
Primera edición: noviembre de 2018
Segunda edición: septiembre de 2020

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

SECCIÓN 1 (TRANSVERSALES)

CAPÍTULO I

Estándares para la estructuración y la aplicación del precedente judicial en Colombia	13
Elementos específicos de la parte motiva de una providencia.....	14
Criterios para identificar la <i>Ratio decidendi</i> de una providencia	15
Jurisprudencia.....	16
Diferencias entre la doctrina probable y el caso análogo.....	17
Ejemplo de la forma como debe invocarse un precedente al momento de aplicarlo a un nuevo caso	18
<i>Distinguishing</i>	19
<i>Overruling</i>	19
Consecuencias jurídicas de apartarse del precedente sin la motivación adecuada.....	20

CAPÍTULO II

Estándares para el alcance y la construcción de los hechos jurídicamente relevantes.....	21
El concepto de <i>hechos jurídicamente relevantes</i>	22
Diferencia entre los hechos jurídicamente relevantes y otros conceptos procesales.....	24
Utilidad e importancia de diferenciar los hechos jurídicamente relevantes de i) los hechos indicadores, ii) los medios de prueba, y iii) los hechos en abstracto.....	26
Cómo construir los <i>hechos jurídicamente relevantes</i> en casos con pluralidad de sujetos activos	28
Razones jurídicas por las cuales es necesario determinar en cada caso los elementos estructurales de delito y convertirlos en hechos jurídicamente relevantes	30
Reglas para una adecuada imputación y acusación.....	31
Diferencia entre el <i>juicio de imputación</i> y <i>acusación</i>	33
Las facultades, deberes y límites del juez a la hora de dirigir la audiencia con relación a la adecuada construcción y comunicación de los hechos jurídicamente relevantes.....	34
Las variaciones que pueden producirse entre la formulación de la imputación y la acusación	37
La flagrancia y los hechos jurídicamente relevantes	39
Reglas para la construcción de hechos jurídicamente relevantes en algunos delitos en particular.....	40
La congruencia.....	43
Reglas para que el juez pueda condenar por un delito distinto del cual la Fiscalía solicitó condena.....	44

CAPÍTULO III

Estándares para la celebración de preacuerdos y allanamientos	47
Presupuestos de la negociación.....	48
Las condiciones sustanciales mínimas que se requieren para la aprobación de la aceptación de cargos por allanamiento unilateral o en virtud de un preacuerdo	48

Las condiciones mínimas que debe cumplir el <i>consentimiento</i> del procesado cuando decide aceptar cargos por preacuerdo o allanamiento	50
Las garantías fundamentales que deberá cumplir todo preacuerdo o allanamiento a cargos para ser aprobado	51
El mínimo de prueba como condición esencial para que el juez pueda aprobar el preacuerdo o la aceptación unilateral de cargos.....	52
Aspectos que pueden ser controvertidos mediante la apelación de la sentencia que acepta el preacuerdo o allanamiento a cargos.....	54
Aspectos que pueden ser objeto de preacuerdo y los límites a la facultad de preacordar	55
Prohibiciones en caso de preacuerdos	57
Las tres tendencias jurisprudenciales sobre la posibilidad del control material de la acusación y los acuerdos ..	58
La posición de la Corte Constitucional acerca del control material del juez a los preacuerdos.....	59
Modalidades de preacuerdo	61
Imposibilidad de aceptar cargos por preacuerdo o allanamiento, luego de la alegación inicial de culpabilidad ...	64
La tipicidad que sirve de marco para el estudio de los mecanismos de ejecución de la pena en preacuerdos consistentes en una readecuación jurídica de los hechos	66
Hipótesis y reglas en las que el juez puede otorgar más de una rebaja al emitir sentencia en virtud de un preacuerdo.....	69
La congruencia y los preacuerdos	70
El papel de las víctimas en los preacuerdos	72
Anexo I.....	74
Anexo II.....	80

SECCIÓN 2 (PRUEBAS)

CAPÍTULO IV

Estándares para la admisión de la prueba	87
Audiencia preparatoria	88
Formas en que debe realizarse el descubrimiento probatorio	89
Momentos en los cuales debe realizarse el descubrimiento	90
Eventos en los cuales se hace viable permitir una relevación o descubrimiento probatorio posterior y previo al juicio oral y público	91
Requisitos para el descubrimiento excepcional del inciso final del artículo 344 del CPP	92
Las controversias sobre el descubrimiento probatorio.....	92
Cargas argumentativas de las solicitudes probatorias y otras reglas	93
La relación entre la pertinencia y los hechos jurídicamente relevantes	95
Tema de prueba y medio de prueba	97
Reglas frente a la solicitud de prueba común.....	99

Tipos de oposiciones probatorias	101
Recursos contra los autos proferidos en la audiencia preparatoria.....	102
La cadena de custodia	103
Pruebas de oficio y garantías procesales asociadas.....	104
Prueba de refutación	105

CAPÍTULO V

Estándares para el uso y admisión de la prueba de referencia	113
Elementos que convierten la evidencia en prueba de referencia	114
Características esenciales de la prueba de referencia que la distinguen de las demás pruebas.....	115
“Manifestaciones” que no constituyen prueba de referencia	115
Elementos del derecho a la confrontación.....	117
Las manifestaciones anteriores del procesado y su relación con el derecho de confrontación	117
¿Es posible valorar el silencio del procesado cuando es aprehendido y utilizado en su contra?.....	118
¿La declaración del perito constituye una prueba de referencia?.....	119
Razones por las cuales las declaraciones rendidas por los niños, niñas y adolescentes, en los términos de la Ley 1652 de 2013, sí constituyen prueba de referencia	120
Requisitos para la utilización de pruebas practicadas en otros procesos judiciales.....	121
La distinción entre <i>tema de prueba</i> y <i>medio de prueba</i> como criterio clave para determinar cuándo una declaración es prueba de referencia	121
Síntesis de las reglas generales en torno a la prueba de referencia	123
Requisitos para la admisión excepcional de la prueba de referencia	124
Reglas para la admisión de una prueba de referencia por presentarse un evento similar	125
Uso de las declaraciones anteriores al juicio oral.....	126
Procedimiento para refrescar memoria.....	126
Procedimiento para impugnar credibilidad	127
Procedimiento para la incorporación de declaraciones inconsistentes (retractación)	128
Valoración de las declaraciones inconsistentes	128
Utilización en juicio de los reconocimientos fotográficos y en fila de personas	129
Reglas para la incorporación excepcional de las actas de reconocimiento fotográfico y en fila de personas	130
Reglas particulares respecto a los informes de policía judicial y similares	131
Los anónimos y la prueba de referencia	132
Guía estratégica asociada a la prueba de referencia para el trámite de solicitud e ingreso de las pruebas en el juicio, acorde con el objeto específico de las mismas.....	133
El significado de la tarifa legal negativa del artículo 381 del CPP: “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”	135
Cargos y causales de casación aplicables por yerros en la admisión de la prueba de referencia o en su valoración.....	136

CAPÍTULO VI

Estándares para el uso y la admisión de la prueba pericial	139
Elementos que componen la prueba pericial	140
Reglas acerca del descubrimiento de la prueba pericial	140
Funciones que cumple el informe escrito del perito	141
Reglas para la incorporación del informe pericial escrito con un perito distinto de quien realizó el análisis	141
La base <i>técnico-científica</i> del dictamen	142
La base <i>fáctica</i> del dictamen	146
El perito como testigo	148
La explicación de la conexión que existe entre las bases <i>fáctica</i> y <i>técnico-científica</i> del dictamen	150
Pasos para la solicitud y práctica de la prueba pericial	150
La articulación de las reglas que rigen la prueba pericial y las atinentes a las declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral	154
Reglas acerca de la declaración que rendirá el perito psicólogo o psiquiatra en juicio	155
Características del testigo técnico y sus diferencias con otros testigos, en especial los peritos	156
Reglas para el descubrimiento, solicitud y práctica del testimonio técnico	157
¿Constituyen las <i>historias clínicas</i> el informe resumido en donde se expresa la opinión pericial, una prueba de referencia o una prueba documental?	158
Primer problema jurídico: los informes escritos realizados por los peritos, de forma previa a la audiencia de juicio oral, ¿constituyen una prueba documental, una evidencia de referencia o una parte integrante de la prueba pericial?	159
Segundo problema jurídico: ¿Debe necesariamente concurrir a la audiencia pública el perito que elaboró el informe?	159

CAPÍTULO VII

Estándares para la realización y aprobación de las estipulaciones probatorias	161
La finalidad de las estipulaciones y la consecuente claridad que las mismas deben tener	162
Tema de prueba vs. medio de prueba	163
Aspectos que pueden ser objeto de estipulación probatoria	166
La valoración de las estipulaciones probatorias	169
Los deberes de las partes frente a las estipulaciones	170
El rol del juez frente a las estipulaciones	171
El carácter vinculante de las estipulaciones	171

CAPÍTULO VIII

Estándares para el uso de los documentos en el juicio oral	175
Tratamiento de los documentos desde su obtención hasta su incorporación como prueba en el juicio oral.....	177
Regla de la mejor evidencia	182
Manejo de documentos voluminosos	183

CAPÍTULO IX

Estándar sobre la regla de exclusión de prueba	185
Consecuencias procesales y probatorias de la aplicación de la regla de exclusión.....	186
Momentos procesales para la aplicación de la regla de exclusión.....	187
Legitimación para solicitar la aplicación de la regla de exclusión	188
Presupuestos generales para la aplicación de la regla de exclusión.....	188
Presupuestos específicos para la aplicación de la regla de exclusión.....	189
Circunstancias que no generan la exclusión de prueba: prueba irregular	190
Trámite para resolver las solicitudes de exclusión de evidencia en la audiencia preparatoria	191
Alegación en casación de la regla de exclusión de prueba	192

CAPÍTULO X

Estándares sobre los grados de conocimiento para la valoración de la prueba	193
I. ¿Qué es el estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable?.....	194
II. Reglas generales acerca de la valoración de la prueba.....	198
El indicio	205
Valoración de la prueba documental.....	206
Valoración de la prueba testimonial	208
Reglas para la valoración de los testimonios de los niños, niñas y adolescentes	209
Valoración de la prueba pericial	210

SECCIÓN 3 (OTROS)

CAPÍTULO XI

Estándares jurisprudenciales aplicables al régimen de libertad	211
Requisitos generales para la imposición de una medida de aseguramiento	212
Reglas para considerar satisfecho el estándar de inferencia razonable requerido para la imposición de una medida de aseguramiento	213
Elementos que deben aparecer explícitos en la motivación de la providencia con la cual se decide la imposición de una medida de aseguramiento	214
Revocatoria de la medida de aseguramiento	216
Solicitud de imposición de medida de aseguramiento por parte de la víctima	217
Requisitos para que una persona sea madre o padre cabeza de familia como causal de procedencia de la sustitución de la medida de aseguramiento	218
La sustitución de la medida de aseguramiento por enfermedad grave	220

CAPÍTULO XII

Estándares para la aplicación de la expectativa razonable de intimidad en el proceso penal	227
Dependencias que cobija la expectativa razonable de intimidad	228
Hipótesis en las que se puede entrar a un lugar sin orden de registro y allanamiento aun cuando exista expectativa razonable de intimidad	229
Momentos procesales en los cuales es oportuno alegar la ilicitud del medio de prueba por vulneración de la expectativa razonable de intimidad	230
Requisitos para que el consentimiento sea válido en situaciones donde existe expectativa razonable de intimidad	230
La expectativa razonable de intimidad de los niños, niñas y adolescentes respecto de sus padres	231
Requisitos para que una grabación realizada por un particular sin orden judicial pueda tener validez dentro de un proceso penal	232
Hipótesis para acceder a conversaciones en redes sociales 'WhatsApp' sin necesidad de realizar control por parte del juez	232

PRESENTACIÓN

El Departamento de Justicia de los EE. UU., a través de su agencia OPDAT, junto a la Universidad Libre —Seccional Cúcuta—, presentan a la comunidad jurídica la segunda edición de la *Guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios*. Es una herramienta de argumentación en cada una de las audiencias preliminares y de juzgamiento. Fue elaborada a partir de la construcción de las líneas jurisprudenciales de las altas cortes, los precedentes de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

OPDAT ha venido apoyando a los operadores jurídicos con la creación de guías (audiencias de control de garantías y de juzgamiento) que permitan mejorar los tiempos de intervención en las audiencias con argumentos más eficaces y eficientes.

A partir de la primera edición (julio de 2018), OPDAT vio la necesidad de actualizar la guía con las sentencias más representativas y, a su vez, crear nuevos estándares que complementen la utilidad de la misma.

Esta guía se elaboró con base en los análisis del derecho comparado, la identificación de problemas jurídicos, la interpretación jurisprudencial de los enunciados normativos que le dan respuesta a los problemas jurídicos y la graficación de cada concepto, con base en estándares jurisprudenciales.

Los estándares acusatorios seleccionados son: **i)** la estructuración y la aplicación del precedente judicial en Colombia; **ii)** el alcance y la construcción de los hechos jurídicamente relevantes; **iii)** la celebración de preacuerdos y allanamientos; **iv)** la admisión de la prueba; **v)** el uso y la admisión de la prueba de referencia; **vi)** el uso y la admisión de la prueba pericial; **vii)** la realización y la aprobación de las estipulaciones probatorias; **viii)** el uso de documentos en el juicio oral; **ix)** la regla de exclusión de prueba; **x)** los grados de conocimiento para la valoración de la prueba; **xi)** el régimen de libertad, y **xii)** la expectativa razonable de intimidad en el proceso penal.

Finalmente, se espera que esta herramienta pueda ser un apoyo para que el operador jurídico tenga los elementos necesarios para aplicar los precedentes jurisprudenciales de una forma más idónea.

CAPÍTULO I

ESTÁNDARES PARA LA ESTRUCTURACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

José María Peláez Mejía
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Harry Fernando Mora Mayorga
Asesor Legal
Departamento de Justicia - OPDAT

ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA PARTE MOTIVA DE UNA PROVIDENCIA (AUTO O SENTENCIA)

(Corte Constitucional, SU-047 de 1999, SU-1219 de 2001, SU- 1300 de 2001, C-039 de 2003 y T-292 de 2006)

(1) <i>OBITER DICTUM</i> <i>O DICTA</i>	(2) <i>RATIO DECIDENDI</i>	(3) <i>DECISUM</i>
CONCEPTO		
<p>Lo conforma toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; esto es, las opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario (es lo que se dice de paso, las consideraciones generales).</p>	<p>Es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica, sin cuyos argumentos la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento. Además, allí se define la correcta interpretación y adecuada aplicación de una norma.</p>	<p>Es la parte resolutive, debe ser entendido entonces como la solución concreta a un caso de estudio.</p>
VINCULATORIEDAD		
<p>Tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo.</p>	<p>Al ser base necesaria de la decisión, resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares.</p>	<p>No obliga sino generalmente a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, salvo en el caso de los procesos de control constitucional, en los que las sentencias tienen de por sí efectos <i>erga omnes</i> en nuestro ordenamiento.</p>

CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LA RATIO DECIDENDI DE UNA PROVIDENCIA	
EN SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD (Corte Constitucional, SU-047 de 1999, SU-1219 de 2001, SU- 1300 de 2001, C-039 de 2003 y T-292 de 2006)	PARA LAS RESTANTES PROVIDENCIAS (autos o sentencias de cualquier tipo, tutelas, admisión de demandas de casación, sentencias de casación, etc.) (Corte Constitucional, SU-047 de 1999; CSJ AP7147-2015, 02 dic. 2015, [rad. 46176]; CSJ SP1750-2018, 23 may. 2018, [rad. 49009])
PASO 1. Se debe identificar: i) la norma objeto de decisión de la Corte; ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión, y iii) el criterio determinante de la decisión.	PASO 1. Se deben identificar: i) los hechos del caso; y ii) el problema jurídico que ha suscitado el caso.
PASO 2. La <i>ratio</i> o regla identificada debe: i) constituir en sí misma una norma con un grado de especificidad suficientemente claro, que permita resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución; ii) al tener la estructura de una regla, deberá implicar, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución, y iii) deberá dicha <i>ratio</i> responder al problema jurídico que se plantea en el caso, fijándose a través de ella el sentido de la norma constitucional en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico.	PASO 2. La <i>ratio</i> o regla identificada debe: i) estar relacionada con el caso que se resolvió; ii) responder el problema jurídico específico que plantea el caso, y iii) a pesar de tener la forma de decisión relativa a un caso particular, con ella se fijan reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores que sean similares en forma persuasiva o vinculante, la cual es susceptible de ser universalizada para ser aplicada como criterio de decisión, lo cual da identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico.

JURISPRUDENCIA

Es el nombre genérico dado a las providencias emitidas por las Altas Corporaciones de Justicia (sean autos o sentencias).

TIPOLOGÍA:

(1) PRECEDENTE			(2) CRITERIO AUXILIAR
I. OBLIGACIÓN ABSOLUTA	II. OBLIGACIÓN INTERMEDIA	III. OBLIGACIÓN RELATIVA	
<p>a) ¿Cómo se configura? A partir de la <i>ratio decidendi</i> y el <i>decisum</i> de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional. (C- 836 de 2001)</p> <p>b) ¿Qué consecuencias conlleva? La imposibilidad jurídica de apartarse del mismo (art. 243 de la Constitución Política)</p>	<p>(a) ¿Cómo se configura? A partir de la <i>ratio decidendi</i> de múltiples sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional o mediante la <i>ratio decidendi</i> de una única sentencia de tutela tipo SU. (Corte Constitucional, T- 468/03)</p> <p>(b) ¿Qué consecuencias conlleva? La obligación de aplicar la <i>ratio decidendi</i> a casos posteriores, pudiéndose el juez apartar de ella únicamente si la decisión jurisprudencial fue tomada en una situación legislativa, social o económica que haya sido diferente a la del nuevo caso.</p>	<p>(a) ¿Cómo se configura? De dos formas: i) mediante la decisión uniforme que haya tomado la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, en tres oportunidades respecto de un mismo punto de derecho (doctrina probable), y ii) cuando exista un caso análogo resuelto por la Corte Suprema de Justicia o Corte Constitucional (en tutela), con identidad fáctica y de problema jurídico respecto del nuevo caso.</p> <p>(b) ¿Qué consecuencias conlleva? La obligación de aplicar la <i>ratio decidendi</i> a casos posteriores, aunque con la posibilidad de apartarse de ella si fundamenta las razones jurídicas por las que lo hace (C-836 de 2001).</p>	<p>Concepto: es un criterio auxiliar; lo que no sea precedente como, por ejemplo: i) Los <i>obiter dictum</i>. ii) Las interpretaciones abstractas realizadas a disposiciones jurídicas de forma aislada y sin reiteración.</p> <p style="text-align: center;">¿Qué consecuencias conlleva? Es posible apartarse de tal interpretación jurídica sin que exista la carga de motivar las razones por las que lo hace o, incluso, de expresar explícitamente que lo está haciendo (C-836 de 2001).</p>

DIFERENCIAS ENTRE LA DOCTRINA PROBABLE Y EL CASO ANÁLOGO**(Similitud: ambos constituyen precedente de obligación relativa)**

DOCTRINA PROBABLE	CASO ANÁLOGO
<p>No se construye de cara al caso concreto, sino con base en la interpretación realizada a una disposición jurídico-legal delimitando su alcance y significado al actuar la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación (estabilización del significado de conceptos jurídicos).</p>	<p>Se construye de cara al caso concreto mediante la identificación de tres aspectos: i) similitud de hechos entre los casos; ii) identidad del problema jurídico que se origina a partir de tales hechos, y iii) la identificación de la regla de solución concreta del problema jurídico a la cual llega la Alta Corporación de Justicia Ordinaria o Constitucional.</p>
<p>La doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial.</p>	<p>El caso análogo establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión.</p>
<p>Metodología para su invocación y utilización:</p> <p>i) se deberá establecer la disposición jurídica o la institución dogmática o procesal que está siendo objeto de discusión en la providencia; ii) posteriormente, se determinarán los desarrollos normativos que constituyen la razón de la decisión, o reglas jurídicas de interpretación que sirvieron de base o fundamento directo de la determinación adoptada (<i>ratio decidendi</i>), y iii) finalmente, se enunciarán las tres providencias en las que la Corte Suprema de Justicia, actuando como un Tribunal de Casación, haya fijado esas reglas interpretativas sobre un mismo punto de Derecho.</p>	<p>Metodología para su invocación y utilización:</p> <p>i) se debe identificar si los hechos relevantes, entre el caso decidido por la Corte y el nuevo, son iguales o similares; ii) luego se tendrá que verificar que el problema jurídico de ambos casos sea igual en lo relevante, y iii) deberá identificarse la regla jurídica o interpretativa con la cual se resolvió el problema jurídico que suscitó el caso estudiado por la Corte.</p>

EJEMPLO DE LA FORMA COMO DEBE INVOCARSE UN PRECEDENTE AL MOMENTO DE APLICARLO A UN NUEVO CASO

<p>1) Sentencia de constitucionalidad (Obligación absoluta)</p>	<p>Sentencia: C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional. Regla de ratio decidendi aplicable al presente caso X: al estudiar la Corte la constitucionalidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, concluyó que, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. En virtud del principio de legalidad penal, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. Razones por las que aplica: i) se debe explicitar el problema jurídico, y ii) la forma como la anterior regla constituiría la respuesta a dicho problema jurídico.</p>
<p>2) Doctrina constitucional integradora (Sentencia de unificación [SU] o múltiple reiteración de sentencias T) (Obligación intermedia)</p>	<p>Sentencia: SU-036 de 2018, Corte Constitucional. Regla de ratio decidendi aplicable al presente caso X: si bien es legalmente admisible en un proceso penal por el delito de alzamiento de bienes la cancelación de los títulos y registros obtenidos ilícitamente, para ello son requisitos indispensables: i) que se garanticen los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los terceros de buena fe, y ii) que la ilicitud afecte directamente el respectivo título. Razones por las que aplica: i) se debe explicitar el problema jurídico, y ii) la forma como la anterior regla constituiría la respuesta a dicho problema jurídico.</p>
<p>3) Doctrina probable (Obligación relativa)</p>	<p>Sentencias en las que la CSJ ha actuado como Tribunal de Casación: SP, 20 may. 2003, (rad. 16636); SP, 06 nov. 2007, (rad. 27338); SP, 12 sep. 2012, (rad. 36824). La doctrina probable fijada en dichas sentencias es la siguiente: la acción a propio riesgo como criterio excluyente de imputación al tipo objetivo, contempla tres elementos: I) conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo); II) poder de control de esta persona acerca de la asunción de dicho riesgo, y III) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente. Razones por las que aplica: i) se debe explicitar el problema jurídico; ii) la forma como la anterior regla constituiría la respuesta a dicho problema jurídico.</p>
<p>4) Caso análogo (Obligación relativa)</p>	<p>Sentencia: CSJ SP, 07 nov. 2018, (rad. 52507). Problema jurídico allí planteado: ¿Qué decisión debe tomarse si la fiscalía al enunciar los hechos jurídicamente relevantes se limita transcribir una disposición jurídica sin adecuarlas al caso? Solución dada al caso: En la sentencia mencionada, la Corte conoció un caso donde se formuló imputación por un delito culposo. Al estructurar el cargo, el fiscal hizo alusión a la “infracción del deber objetivo de cuidado” (categoría jurídica), pero no mencionó la conducta realizada por el sujeto activo, que pudiera ajustarse a dicho concepto, lo que dio lugar a la anulación del trámite, porque el procesado no pudo ejercer adecuada y oportunamente su defensa, por la vaguedad de la imputación. Razones por las que aplica: i) comparar los hechos del nuevo caso; ii) comparar el problema jurídico.</p>

<p><i>DISTINGUISHING</i> (Técnica de distinción)</p>	<p><i>OVERRULING</i> (Técnica argumentativa para apartarse del precedente)</p>
<p>En estos eventos el funcionario no se está apartando de un precedente judicial. En dicho fenómeno no es que se deje de lado la regla de derecho que se empleó o utilizó en el caso anterior, sino que por no adecuarse completamente a los supuestos del nuevo proceso que se va a fallar, simplemente el precedente resulta inaplicable (disanalogía).</p>	<p>En estos eventos el funcionario sí se está apartando del precedente judicial (en los casos en que sea posible, de acuerdo al grado de obligatoriedad del mismo) En otras palabras, “sí existe un cambio, modificación o sustitución de la subregla, pues esta se corrige o se deja de lado, se sustituye por una nueva”.</p>
<p>Metodología: se debe determinar el <i>tertium comparationis</i>; es decir, el punto medular a partir del cual se establece la diferencia entre la providencia o providencias constitutivas del precedente y el nuevo caso estudiado respondiendo los siguientes interrogantes: i) ¿Qué diferencia existe a nivel fáctico?; ii) ¿Qué diferencia existe a nivel de problemas jurídicos?, y iii) ¿Por qué dicha diferencia es relevante?</p>	<p>Metodología: i) deberá existir una argumentación explícita y razonada de su apartamiento (carga de transparencia), aclarando si su desacuerdo es con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente o si la discrepancia se presenta con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial; ii) deberá explicar de manera suficiente y razonada los motivos jurídicos por los cuales considera que es necesario apartarse del precedente judicial (principio de suficiencia o carga de motivación) y que su postura hermenéutica es la correcta.</p>

Bibliografía y jurisprudencia para diferenciar el *distinguish* del *overruling*:

- Bernal Pulido, C. (2009). El Precedente en Colombia. En *Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Escritos de Derechos Constitucional y Filosofía del Derecho (pp. 153-165). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cross, R. & Harris, J.W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Levi, E. (1964). *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial EUDEBA.
- López Medina, D. (2017). *Los eslabones del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Sentencia 2013-02690 19 feb. 2015, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, rad.: 11001-03-15-000-2013-02690-01, Consejero Ponente, Dr. Alberto Yepes Barreiro.
- Sentencia C-816 de 2011, Corte Constitucional.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE APARTARSE DEL PRECEDENTE SIN LA MOTIVACIÓN ADECUADA

1) En circunstancias de manifiesta arbitrariedad y dolo, la Corte Constitucional ha señalado con relación al precedente que: "...en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no solo de los jueces, sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas" (Sentencia C-335 de 2008).

2) Es una causal especial de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales el desconocimiento del precedente sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente (Corte Constitucional, SU-567 de 2015).

CAPÍTULO II

ESTÁNDARES PARA EL ALCANCE Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Kenny Dave Sanguino Cuéllar
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

José María Peláez Mejía
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

EL CONCEPTO DE *HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES*

Doctrina probable: CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, (rad. 44599); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

Son los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal. En otras palabras, los hechos jurídicamente relevantes corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales.

Regla general: bajo el entendido de que el **principio de legalidad** tiene su principal escenario de concreción en la determinación de los hechos en cada caso en particular, resulta imperioso que, al estructurar las premisas fácticas de la acusación y la sentencia, el fiscal y el juez constaten que cada uno de los elementos estructurales del delito (previstos en abstracto) encuentran desarrollo en los hechos objeto de decisión judicial.

Aspectos básicos para determinar la relevancia jurídica del hecho:

Regla 1: la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos **tipos penales**, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la **antijuridicidad** y la **culpabilidad**.

Subreglas que precisan la regla 1. Al estructurar la hipótesis, el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes:

- i) Delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado.
- ii) Establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma.
- iii) Constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal (**Tipo objetivo:** sujetos, verbo rector, resultado, objeto material, bien jurídico, nexo causal, imputación objetiva y complementos descriptivos y normativos. **Tipo subjetivo:** dolo e ingredientes subjetivos especiales, culpa o preterintención).

Ejemplo. Justamente la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP16891, 11 oct. 2017, [rad. 44609], M.P. Patricia Salazar Cuéllar) explicó que los hechos jurídicamente relevantes frente al **tipo penal** de contrato sin cumplimiento de requisitos legales deben plantearse así:

a) El sujeto X, b) por razón del ejercicio de sus funciones, c) celebró el contrato d) sin cumplir el requisito Z, e) que es esencial porque... (juicio valorativo), f) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y g) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).

iv) Analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros.

v) Considerar las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera.

vi) Cuando sea necesario realizar juicios valorativos como los previstos en los artículos 104, numeral 4 (sobre lo abyecto o lo fútil), 413 (orientado a establecer si una determinada decisión es manifiestamente contraria a la ley), entre otros; resulta imperioso establecer con precisión cuál es la base fáctica sobre la cual se realiza dicho juicio, verbigracia, cuál fue el motivo de las lesiones personales o el homicidio, el contenido de la decisión tildada de prevaricadora y los elementos de juicio que tenía ante sí el funcionario cuando la emitió, etcétera (SP798-2018, 21 mar. 2018, [rad. 47848]).

Regla 2: la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Ejemplo de aplicación de la regla 2: de esta manera, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del inciso 2.º del artículo 29, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.

DIFERENCIA ENTRE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y OTROS CONCEPTOS PROCESALES

Doctrina probable: CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, (rad. 44599); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

- 1. Los hechos indicadores:** son los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes.

Ejemplo (X le causó la muerte a Y al dispararle) (Fuente: CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, [rad. 44599] y SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311]):

- Hecho jurídicamente relevante:** el acusado fue quien le disparó a la víctima.
- Hechos indicadores:** es posible que, en la estructuración de la hipótesis, la fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: **a)** el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; **b)** había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; **c)** dos (2) días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera —con todo esto se construye el *indicio*—.

Regla: si se pretende utilizar el indicio como fundamento de la responsabilidad penal, deberá tenerse en cuenta:

- Que el hecho indicador debe estar plenamente demostrado; **ii)** que debe existir una garantía o explicación del paso de los hechos indicadores a los hechos jurídicamente relevantes; **iii)** que ellos NO deberán aparecer en la imputación o acusación (CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, [rad. 44599]).

- 2. Los medios de prueba:** son los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores.

Ejemplo (el mismo anterior en el que X le causó la muerte a Y al dispararle) (Fuente: CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, [rad. 44599] y SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311]):

- Medios de prueba:** hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: **a)** María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos, luego de ocurridos los disparos; **b)** Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; **c)** al Policía Judicial le consta que, dos (2) días después de

ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; **d)** un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera.

- 3. Los hechos en abstracto (referidos a las normas penales que delimitan el delito):** son las conductas (supuestos fácticos) que abstractamente fueron previstos por el legislador como delitos. Allí —en las distintas normas penales— encontramos **categorías jurídicas abstractas** (v.gr., infracción al deber objetivo de cuidado, dolo, imputación objetiva, motivo abyecto o fútil, lesividad, estado manifiestamente contrario a la ley, sevicia, ira e intenso dolor, etc.), las cuales deben ser **proyectadas en los hechos concretos del caso** que son objeto de investigación.

Ejemplo (Fuente: SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311]):

i) Cuando el artículo 376 del Código Penal consagra múltiples verbos rectores, varias clases de drogas, diversas cantidades de estupefaciente, etcétera, establece, en abstracto, los eventos que pueden dar lugar a las diferentes consecuencias punitivas allí previstas. Resulta obvio que el fiscal, al establecer los hechos jurídicamente relevantes de la imputación y la acusación, y el juez, al precisar la premisa fáctica del fallo, tienen la obligación de precisar el tipo y la cantidad de droga, el verbo o los verbos rectores realizados por el sujeto activo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta, etcétera. Si, a manera de ilustración, no es posible establecer con precisión la cantidad de droga, deben especificarse los datos que permiten delimitar ese tema. Igualmente, si no se tiene un dato preciso acerca de la fecha de ocurrencia de los hechos, debe delimitarse el aspecto temporal, en cuanto sea posible.

ii) Algo semejante sucede con las circunstancias de agravación punitiva y de mayor punibilidad. Así, por ejemplo, si el fiscal, en la acusación, y el juez, en la sentencia, consideran que el homicidio se cometió por un motivo fútil, debe especificar, primero, qué fue lo que motivó la acción ilegal y, luego, debe realizar el respectivo juicio valorativo acerca de la falta de trascendencia o importancia del mismo. En todo caso, la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, en lo concerniente al agravante, no podrá tenerse por debidamente estructurada si el acusador o el juzgador se limitan a decir que el homicidio se cometió por un motivo fútil, sin referir la puntual motivación con que actuó el procesado.

UTILIDAD E IMPORTANCIA DE DIFERENCIAR LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES DE: i) LOS HECHOS INDICADORES; ii) LOS MEDIOS DE PRUEBA, Y iii) LOS HECHOS EN ABSTRACTO

Regla general: la NO inclusión completa de los hechos jurídicamente relevantes y su reemplazo con *hechos indicadores, medios de prueba y/o hechos abstractos* tiene las siguientes **consecuencias:** i) afecta el derecho de defensa; ii) impide delimitar el tema de prueba; iii) obstaculiza el adecuado desarrollo del debate probatorio.

Doctrina probable: CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, (rad. 44599); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

1. Al estructurar la hipótesis, la fiscalía **debe** especificar los hechos jurídicamente relevantes (en el anterior caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es **inadecuada**.
2. El fiscal o el juez, al delimitar la premisa fáctica de la imputación o acusación (el primero) y de la sentencia (el segundo), **no pueden** limitarse a transcribir el texto legal, pues ello conduciría al **absurdo** de que estas decisiones se tomen sobre **hechos en abstracto**, lo que, entre otras cosas, limitaría sustancialmente el derecho de defensa, por la simple razón de que resulta difícil, si no imposible, defenderse de una abstracción.

Ejemplos concretos de los efectos o las consecuencias procesales que trae consigo la incompleta o ineficiente construcción de los hechos jurídicamente relevantes

1. **La consecuencia procesal que se presenta cuando en vez de incluir hechos jurídicamente relevantes tan solo se transcriben los hechos en abstracto (las normas penales):**
 - 1.1. La Corte Suprema de Justicia (CSJ) conoció un caso donde se formuló imputación por un delito culposo. Al estructurar el cargo, el fiscal hizo alusión a la “infracción del deber objetivo de cuidado” (categoría jurídica/hecho en abstracto), pero no mencionó la conducta realizada por el sujeto activo, que pudiera ajustarse a dicho concepto, lo que dio lugar a la **anulación del trámite**, porque el procesado no pudo ejercer adecuada y oportunamente su defensa, por la vaguedad de la imputación (CSJ SP4792-2018, 07 nov. 2018, [rad. 52507]).

- 1.2. En otra oportunidad, la Sala concluyó que era violatorio del debido proceso incluir en la condena circunstancias de mayor o menor punibilidad que fueron jurídicamente imputadas e incluidas en la acusación, pero bajo un sustrato fáctico diferente al tenido en cuenta por el juzgador. En efecto, la fiscalía incluyó la indefensión como agravante del homicidio, porque la víctima fue amarrada, y el Tribunal concluyó que la misma era procedente porque en el juicio oral se demostró que la víctima estaba ebria para cuando ocurrieron los hechos. La Sala resaltó que la categoría jurídica (indefensión) tenía que tener su correlato fáctico, el cual no podía ser cambiado en la sentencia (CSJ SP, 25 abr. 2009, [rad. 26309]).
- 2. La consecuencia procesal de mezclar medios prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, así como la de no incluir de forma completa estos últimos:**
- 2.1. En el caso SP7322-2017, 24 may. 2017, (rad. 49819), en el que se imputaron los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, las falencias de la fiscalía en la determinación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, y los yerros en que incurrió el Tribunal, complejizaron significativamente el proceso, lo que impidió establecer: **i)** si los “rumores” acerca de la corrupción al interior de un hospital de Barranquilla daban cuenta de la realidad; **ii)** si la responsabilidad penal atribuida a los procesados se derivaba de sus acciones u omisiones como gerente e interventores; **iii)** cuáles eran, de forma precisa, los hechos jurídicamente relevantes que se adecuaban a los elementos normativos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo que hizo necesario que la Sala de Casación explicara que para complementar el tipo penal en blanco consagrado en el artículo 410 del Código Penal no era suficiente con referirse de forma genérica a la trasgresión de dichos principios. Lo anterior conllevó a que se casara la sentencia y, en consecuencia, se **absolviera** a los procesados.
- 2.2. En la sentencia SP497-2018, 28 feb. 2018, (rad. 50512) la Corte Suprema de Justicia absolvió al procesado, en un caso de porte o tráfico de estupefaciente porque la fiscalía omitió incluir el hecho jurídicamente relevante que se adecuaba al elemento subjetivo especial exigido tácitamente por el artículo 376 del Código Penal.

CÓMO CONSTRUIR LOS *HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES* EN CASOS CON PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS

Reglas:

Doctrina probable: CSJ SP798-2018, 21 mar. 2018, (rad. 47848); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

Paso 1. Se deben determinar los **hechos en abstracto** que contemplan los **requisitos jurídicos** exigidos por el correspondiente tipo penal (v.gr., concierto para delinquir, asonada, etc.) o por el dispositivo amplificador del tipo penal que sea aplicable (v.gr., coautoría, complicidad, etc.).

Ejemplos:

1. Delito de concierto para delinquir:

Los **requisitos** (hechos en abstracto) para este delito son los siguientes (CSJ SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311]; SP 11 jul. 2018, [rad. 51773] y SP, 25 sep. 2013, [rad. 40545]):

- i) Un acuerdo de voluntades entre varias personas;
- ii) Una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie;
- iii) La vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada, y
- iv) Que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública.

A estos requerimientos se les deben **agregar** como requisitos necesarios para la configuración del delito de concierto para delinquir que los sujetos activos hayan actuado de forma **antijurídica** y **culpable** (arts. 9, 11, 12, 32 y 33 del CP).

2. Dispositivo amplificador de la coautoría:

Los **requisitos** (hechos en abstracto) para la configuración de este dispositivo amplificador son los siguientes (CSJ SP, 22 ene. 2014, [rad. 38725]; SP, 01 jul. 2015, [rad. 42293] y SP2981-2018, 25 jul. 2018, [rad. 50394]).

Un acuerdo o plan común;

- i) División de funciones, y
- ii) Trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito.

Paso 2. Se deben proyectar tales hechos en abstracto en **hechos concretos acorde con las particularidades del caso** y circunstanciarlos en tiempo, modo y lugar.

Ejemplo:

1. Delito de concierto para delinquir: una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes por el delito de concierto para delinquir debe dar cuenta, entre otras cosas, de que cada imputado, acusado o condenado: **i)** participó del acuerdo orientado a generar una empresa criminal, “con vocación de permanencia y durabilidad”, dispuesta para cometer cierto tipo de delitos; **ii)** se trata de delitos indeterminados, así sean determinables —homicidios, hurtos—, lo que se contrapone a los acuerdos esporádicos para cometer un delito en particular —el homicidio de X, el hurto en la residencia de Y, etcétera—; **iii)** el rol de cada imputado, acusado o condenado en la organización (promotor, director, cabecilla), lo que implica suministrar la mayor información posible acerca de la estructura criminal; **iv)** la mayor concreción posible sobre el tiempo de existencia de la organización, así como de su área de influencia.

2. Dispositivo amplificador de la coautoría: cuando en los cargos se plantea que el imputado o acusado actuó a título de coautor (de uno o varios delitos en particular), la fiscalía debe precisar: **i)** cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; **ii)** la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; **iii)** la forma como fueron divididas las funciones; **iv)** la conducta realizada por cada persona en particular; **v)** la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera.

RAZONES JURÍDICAS POR LAS CUALES ES NECESARIO DETERMINAR EN CADA CASO LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE DELITO Y CONVERTIRLOS EN HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Doctrina probable: CSJ SP798-2018, 21 mar. 2018, (rad. 47848); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

1. Si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

2. Es un **deber** derivado del **debido proceso**, desarrollado en los artículos 250 de la Constitución Política, así como en el 287, 288 y 336 del CPP, el cual gobierna la esencia y finalidad de las diligencias de imputación y acusación.

3. Los *hechos jurídicamente relevantes* constituyen un conocimiento básico que resulta indispensable para que el procesado y su defensor puedan adelantar su tarea investigativa o de contradicción.

4. En virtud del **principio de legalidad**, la fiscalía solo puede imputar y acusar por la comisión de un delito y un delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, razón por la cual, la comunicación de los cargos deberá dar cuenta **necesariamente** de todos aquellos que se adecúen a la tipicidad objetiva, la tipicidad subjetiva, la antijuridicidad y la culpabilidad.

5. En virtud de los deberes de la Fiscalía General de la Nación (FGN)¹, la Corte Suprema de Justicia considera que los hechos jurídicamente relevantes no deben ser “extraídos”, “imaginados” o “supuestos” por la defensa mediante el examen que ella realice a la totalidad de los elementos materiales probatorios recaudados y descubiertos por la fiscalía teniendo en cuenta las siguientes razones:
 - i) Ello conduce al absurdo de hacer radicar en la defensa y no en la fiscalía la obligación perentoria de definir cuál es la hipótesis delictiva que atribuye al acusado.

¹ Entre los que se resalta el de **delimitar la hipótesis delictiva** –art. 207 del CPP–, desarrollar un programa metodológico acorde a ella –arts. 200 y 207 del CPP–, y formular imputación y acusación mediante la comunicación de **todos** los hechos jurídicamente relevantes que configuran el delito.

- ii) Se despojaría de sentido la existencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, al punto que incluso si allí se detallan hechos jurídicamente relevantes, siempre será posible aducir que ellos no son los adecuados, sino aquellos que puedan extractarse de las pruebas.
- iii) Se ignoraría que los medios de prueba no son necesariamente monocordes en su contenido y efectos —recuérdese que la fiscalía tiene la obligación de exhibir todo lo recogido, incluso aquellos elementos que atentan contra su teoría del caso o la modifican—, así que a la defensa y al procesado se les exige que seleccionen de esas hipótesis, alguna en particular, aun si no es la prohijada o pretendida imponer por el ente acusador.
- iv) Se desnaturalizaría la esencia misma del sistema acusatorio, al crearse soluciones artificiales mediante las cuales se le obligara al procesado a “suponer los hechos jurídicamente relevantes” desatendiendo en demasía los derechos de defensa y contradicción que le asisten al procesado y su defensa.
- v) **Conclusión:** no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos —lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, (rad. 25862) y CSJSP, 10 dic. 2015, (rad. 45888)—.

REGLAS PARA UNA ADECUADA IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN

Doctrina probable: CSJ SP19617-2017, 23 nov. 2017, (rad. 45899); SP798-2018, 21 mar. 2018, (rad. 47848); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

1. En las audiencias de imputación y acusación **solo** se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes. Adicionalmente, en la **imputación** deberá referirse a la identificación e individualización del procesado.
2. Son hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, **deben** incluirse en la imputación y acusación, los atinentes a las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad.
3. No se puede imputar ni acusar por hechos indicadores, medios de prueba o hechos en abstractos, razón por la cual **ninguno de ellos deberá aparecer** en la narración fáctica de la imputación y acusación.

4. Como parte de los hechos jurídicamente relevantes **deberá** delimitarse la conducta y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la rodearon; es decir, especificándole al procesado **qué** hizo, **cómo** lo hizo, **cuándo** lo hizo y **dónde** lo realizó (CSJ SP, 08 jun. 2011, [rad. 34022]; SP4323-2015, 16 abr. 2015, [rad. 44866] y SP16913-2016, 23 nov. 2016 [rad. 48200]).

5. La fiscalía **no puede** realizar el *juicio de imputación* en desarrollo de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Dicho estudio **debe** ser realizado **por fuera** de la audiencia.

6. La fiscalía **no puede** imputar cargos alternativos.

Explicación: por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes.

Esto es **diferente** a lo planteado en la decisión de la CSJ SP, 27 feb. 2013, (rad. 40022), porque en esa oportunidad la Corte analizó un tema sustancialmente diferente, como lo es la posibilidad de que el fiscal, en la clausura o alegatos de conclusión, presente solicitudes subsidiarias frente a la procedencia de la condena. Las **razones** son las siguientes:

- i) El procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa.
- ii) Si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad.
- iii) En casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia.
- iv) No estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

7. De ninguna manera es posible entender adecuadamente surtida una acusación que no corresponde al particular entendimiento del fiscal de lo sucedido, sino a la transcripción de piezas probatorias, en ocasiones inconexas o contradictorias, porque allí no existe una determinación precisa y expresa de las circunstancias

con connotación jurídica que estima el fiscal configuran el cargo o cargos dignos de dar a conocer al acusado para convocarlo a juicio (CSJ SP4323-2015, 16 abr. 2015, [rad. 44866]).

DIFERENCIAS ENTRE EL JUICIO DE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN

Doctrina probable: CSJ SP798-2018, 21 mar. 2018, (rad. 47848); SP4792-2018, 07 nov. 2018, (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

1. El **juicio de imputación o acusación** consiste en el análisis o razonamiento privado que realiza el fiscal en su despacho u otro lugar cualquiera —pero en todo caso, **fuera de las audiencias de imputación y acusación**— y que tiene como **propósito** final la delimitación de la hipótesis delictiva que será atribuida a un *sujeto concreto* mediante la comunicación expresa y clara de los *hechos jurídicamente relevantes*.
2. En consecuencia, los *hechos jurídicamente relevantes* serían el **producto final** del juicio de imputación o acusación que realice el fiscal a partir de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida que este tenga a su disposición y que son comunicados en las correspondientes audiencias bajo la forma de una **imputación** o de una **acusación** concreta.
3. El **juicio de imputación o acusación** es un **deber** radicado en cabeza de la fiscalía y acorde con el cual esta se encontraría **obligada** a lo siguiente (**desarrollos comunes**):
 - i) Determinar los **hechos en abstracto** que fueron previstos por el legislador como elementos configurativos del delito mediante la adecuada interpretación de la ley penal.
 - ii) Delimitar los hechos del caso objeto de análisis a partir de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida que tenga a su disposición.
 - iii) Establecer si esos hechos, ocurridos bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajan o no en la respectiva descripción normativa, para de esta manera tomar alguna de las siguientes decisiones:
 - a) Imputar o acusar.
 - b) Archivar el caso.
 - c) Solicitar la correspondiente preclusión.

- iv) Constatar, si con las evidencias que tiene, cumple el estándar de conocimiento que hace procedente cada una de esas decisiones: probabilidad de verdad, convencimiento más allá de duda razonable, etcétera.

4. Particularmente el **juicio de imputación debe** realizarse por fuera de la *audiencia de formulación de la imputación* por las siguientes razones:

- i) Es, precisamente, el que permite establecer si hay lugar o no a solicitar la audiencia de imputación, razón suficiente para que **deba** realizarse **antes** de la formulación de cargos.
- ii) Los jueces **no pueden** controlar materialmente esta actividad de los fiscales, ni la defensa está facultada para ejercer la contradicción frente a la misma, lo que hace innecesaria e inútil cualquier explicación sobre los fundamentos de la imputación.
- iii) Por tanto, ello puede dar lugar a la dilación injustificada de la audiencia.
- iv) Si la fiscalía pretende suministrarle a la defensa información adicional, en orden a persuadirla del allanamiento a cargos o la celebración de un acuerdo, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para mantener a salvo el objeto de la misma, de lo que depende la celeridad requerida para que la justicia sea pronta y eficaz (SP2042-2019, 05 jun. 2019, [rad. 51007]).

LAS FACULTADES, DEBERES Y LÍMITES DEL JUEZ A LA HORA DE DIRIGIR LA AUDIENCIA CON RELACIÓN A LA ADECUADA CONSTRUCCIÓN Y COMUNICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Doctrina probable: CSJ SP19617-2017, 23 nov. 2017, (rad. 45899); SP798-2018, 21 mar. 2018, (rad. 47848); SP4792- 2018, 07 nov. 2018 (rad. 52507); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

Aclaración conceptual previa²:

- El **control material** es un fenómeno distinto del **control formal con efectos sustanciales**.
- El control que está **prohibido**, por interpretación jurisprudencial, es el *material*.

² Cfr. Peláez Mejía, J.M. (2018). *Reinterpretación de la causal de preclusión denominada “inexistencia del hecho” a partir del concepto jurisprudencia de “hecho jurídicamente relevante”*. En: Guerra Moreno, Débora (Coordinadora). *Constitución y los hechos en el proceso*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez & Universidad Libre de Cúcuta.

- Por el contrario, el *control formal con efectos sustanciales* es una **obligación** que debe realizar tanto el juez de Control de Garantías como el de Conocimiento (con diferentes niveles de intensidad).
-
- El **control material** es la *corrección, imposición o intromisión* que realizaría el juez, en la imputación o acusación, sobre cualquiera de los siguientes dos aspectos: **i)** la calificación jurídica de los hechos (v.gr., manifestar que la conducta investigada se trata en realidad de una desaparición forzada y no de un secuestro simple y pretender obligar al fiscal que cambie la atribución jurídica del hecho); **ii)** la suficiencia probatoria de las evidencias (v.gr., exigir al fiscal que demuestre con evidencias, durante la acusación, que existe probabilidad de verdad acerca de la ocurrencia de los hechos atribuidos).
-
- El **control formal con efectos sustanciales** es, en cambio, la invitación que el juez puede hacerle al fiscal para que aclare, corrija o complemente la imputación o acusación porque en dichos actos de comunicación: **i)** incluya **hechos jurídicamente relevantes** que sean confusos o ininteligibles; **ii)** carezca de todos los **hechos jurídicamente relevantes** necesarios para que una conducta sea delito en Colombia (v.gr., porque el fiscal nunca mencione cuál es la conducta —verbo rector— que realizó el sujeto activo o jamás mencione el hecho psíquico atinente al dolo exigido por el correspondiente tipo penal); **iii)** introduzca y mezcle, a pesar de estar prohibido, hechos ajenos a los que constituyan los auténticos **hechos jurídicamente relevantes** (v.gr., incluya en la imputación o acusación *hechos indicadores, medios de prueba, etc.*); **iv)** se limite a mencionar categorías jurídicas o hechos en abstracto y no **hechos jurídicamente relevantes** (v.gr., mencione en la imputación o acusación que el procesado actuó con dolo o que incumplió los requisitos legales esenciales del contrato, pero no relacione ni enuncie el hecho que realizaría tal categoría jurídica), y **v)** no circunstancie los **hechos jurídicamente relevantes**. (V.gr., mencione el fiscal en la imputación o acusación que A accedió carnalmente a B mediante violencia, pero sin hacer referencia al momento o espacio temporal en el cual se llevó a cabo tal conducta) (SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311]).

Las funciones de dirección que debe ejercer el juez en la audiencia de imputación. Ver especialmente: CSJ SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311).

1. Velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004.
2. Evitar que el fiscal realice el *juicio de imputación* en medio de la audiencia.

3. Debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia.

4. Evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación (es **impertinente** lo referido a la calificación jurídica o la suficiencia probatoria. Es **pertinente** lo referido a circunstanciación de hechos y completitud de los hechos jurídicamente relevantes).

5. Ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones injustificadas.

Las funciones de dirección que debe ejercer el juez en la audiencia de acusación

Ver especialmente: CSJ SP4323-2015, 16 abr. 2015, (rad. 44866); SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311) y SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

1. El juez de conocimiento no puede realizar un *control material* a la acusación, entendida como la constatación del estándar previsto en el referido artículo 336 del CPP, porque ello podría comprometer su imparcialidad.

2. Si la fiscalía cumple con la obligación legal de expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, los jueces, por regla general, no ejercen control sobre el acierto de la calificación jurídica, salvo que se trate de casos de evidente violación de los derechos fundamentales (CSJ SP, 05 oct. 2016, [rad. 45594]; SP5660-2018, 11 dic. 2018, [rad. 52311] y SP2042-2019, 05 jun. 2019, [rad. 51007]).

3. El juez de conocimiento tiene la posibilidad de ejercer las labores de dirección orientadas a que la acusación contenga los precisos elementos que consagra el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes.

4. Cuando el escrito de acusación no detalla de manera clara y precisa, sin lugar a equívocos o confusiones, cuáles específicamente son los hechos, junto con su determinación típica completa, que el fiscal entiende configuran los cargos por los que debe defenderse el acusado, es necesario que las partes —o el mismo fiscal, cuando advierta el yerro— acudan al espacio procesal ofrecido en la audiencia de formulación de acusación en aras de aclarar, adicionar o corregir lo allí plasmado (CSJ SP4323-2015, 16 abr. 2015, [rad. 44866]).

5. Si las partes no obran activamente, corresponde al juez, por consecuencia del control formal que habilita la ley bajo la cual se realiza la acusación —como quiera que el numeral 2.º del artículo 337 de la Ley 906 de 2004 consagra perentorio para

el escrito de acusación la relación clara y sucinta de los hechos—, exigir del fiscal la necesaria aclaración, corrección o complementación que habilite cumplir con lo reclamado en la norma (CSJ SP4323-2015, 16 abr. 2015, [rad. 44866]).

6. En términos simples, al juez le corresponde velar porque la fiscalía presente una acusación que reúna los requisitos legales, mas no insinuar ni, menos, ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular (CSJ SP, 05 oct. 2016, [rad. 45594]). En suma, el juez debe limitarse a garantizar que el fiscal cumpla la ley.

LAS VARIACIONES QUE PUEDEN PRODUCIRSE ENTRE LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN Y LA ACUSACIÓN

Fuente jurisprudencial: CSJ SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007).

Reglas:

1. El sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 está regido por el **principio de progresividad** (CSJSP, 30 feb. 2009, [rad. 30043]; CSJSP, 29 nov. 2007, [rad. 27518]; CSJSP, 25 ab. 2009, [rad. 26309]; C-025 de 2010; C-303 de 2013; entre muchas otras). Legalmente, este principio encuentra su expresión en los siguientes preceptos, entre otros, en los artículos 339, 351, etc.
2. Fruto de la labor investigativa desarrollada por la fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos (Corte Constitucional, C-025 de 2010).
3. Sin embargo, no puede perderse de vista que **los hechos serán inmodificables**, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, **no podrá la acusación abarcar hechos nuevos**. Es sabido entonces que el núcleo fáctico dado a conocer en la audiencia de formulación de la imputación restringe y delimita el escenario procesal subsiguiente (audiencia de formulación de la acusación). No obstante, es posible que con ocasión de la dinámica probatoria en el juicio algunas circunstancias o elementos no esenciales puedan variar. (**Doctrina probable:** CSJ SP 1045-2017, 25 ene. 2017, [rad. 45521]; CSJ SP 16913-2016, 23 nov. 2016, [rad. 48200]; CSJ AP 7149-2014, 10 may. 2016, [rad. 44425]; CSJ, 28 may. 2014, [rad. 42357] y SP, 08 jun. 2011, [rad. 34022]).

4. Son aspectos de la premisa fáctica que **podrían** sufrir variaciones:
- i) Circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica.
 - ii) Si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación.
 - iii) Cambios favorables al procesado. Por ejemplo:
 - a) Eliminar circunstancias genéricas o específicas de agravación.
 - b) Suprimir aspectos fácticos y, por ello, hay lugar a subsumir la conducta en un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión.
 - c) Si se dan por probados los presupuestos fácticos de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas.

5. Son aspectos de la premisa fáctica que **NO podrían** sufrir variaciones los que hacen parte del núcleo esencial de la conducta imputada. En consecuencia, **no es jurídicamente admisible** realizar en la acusación cualquier modificación que conlleve:

- i) Cualquier cambio desfavorable al procesado.
- ii) La inclusión de los presupuestos fácticos de nuevos delitos pues ello desborda los meros “detalles”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010.
- iii) Mutar a otro delito más grave, que comparta algunos presupuestos fácticos con el incluido en la imputación.
- iv) Para incluir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad.

Reglas: a) Cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adiccionarla en audiencia preliminar y no en la acusación; b) Los cambios en la **calificación jurídica** pueden realizarse en la audiencia de acusación, aunque resulte punitivamente más gravosa, siempre y cuando los **hechos no sean modificados**.

LA FLAGRANCIA Y LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fuente jurisprudencial: SP3623-2017, 15 mar. 2017, (rad. 48175).

Reglas:

1. La fiscalía deberá constatar si la flagrancia se trata de un hecho jurídicamente relevante, en la medida en que pueda ser subsumida en la respectiva norma penal. Lo anterior, por cuanto solo en casos excepcionales la aprehensión de la persona capturada en flagrancia constituye un hecho que encaje o pueda ser subsumido en las normas que regulan la conducta punible.

Ejemplo: en los casos de tentativa (art. 27 del Código Penal), donde es posible que las “circunstancias ajenas” a la voluntad del procesado, que impidieron la consumación del delito, **consistan en su aprehensión** por parte de los policiales que lo sorprendieron realizando la acción típica. En ese tipo de eventos la captura puede tenerse como un hecho jurídicamente relevante, en los ámbitos de la acusación y la sentencia, en la medida en que puede subsumirse en el presupuesto fáctico de la norma que tipifica la tentativa.

2. También puede suceder que la captura del procesado no constituya un hecho jurídicamente relevante, pero pueda tenerse como un *hecho indicador* de su responsabilidad, en la medida que dé cuenta, por ejemplo, de su presencia en el sitio donde ocurrió el delito. En esos casos, si se trata de datos o *hechos indicadores* a partir de los cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso inferencial.
3. Solamente, si la flagrancia es un *hecho jurídicamente relevante*, su enunciación deberá aparecer en la imputación y/o acusación. De resto, deberá ser marginado o eliminado de tales actos de comunicación.
4. Si se trata de un *hecho indicador*, debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión y demostración en juicio.
5. Si pretende valerse de los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y/o realizado la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio oral, salvo que medie alguna de las causales de admisión excepcional de prueba de referencia.
6. De haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir los respectivos requisitos de admisibilidad.

7. Estas cargas no pueden ser eludidas bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales.
-
8. Es **equivocado** asumir que la captura en flagrancia, y las decisiones que al respecto tome el juez de control de garantías, implican dar por probado algunos hechos de cara al análisis de la responsabilidad penal del procesado, porque se dejarían, entonces, sin efecto los principios rectores del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, así como las garantías judiciales mínimas de los procesados, simple y llanamente porque la responsabilidad penal no se resolvería con base en la prueba “que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”, como lo ordena el artículo 16 ídem.

REGLAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN ALGUNOS DELITOS EN PARTICULAR

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Los **hechos jurídicamente relevantes** en esta clase de delito conllevan tener en cuenta las siguientes reglas mínimas:

1. Este delito **solo** es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación, por lo tanto, **no se deben incluir** en la imputación y acusación hechos relativos a la ejecución del contrato porque **no serían** jurídicamente relevantes. (**Doctrina probable:** CSJ SP7322-2017, 24 may. 2017, [rad. 49819]; SP, 24 nov. 2016, [rad. 46037]; SP, 09 feb. 2005, [rad. 21547]; CSJ SP, 23 mar. 2006, [rad. 21780] y SP, 20 may. 2003, [rad. 14669]).
2. Si bien es cierto que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales puede configurarse por la trasgresión de los principios que rigen la contratación pública (CSJ SP, 05 nov. 2008, [rad. 25104]), también lo es que la alusión genérica a los mismos no es suficiente, pues por esa vía podría transgredirse uno de los pilares fundamentales del sistema penal en un estado social y constitucional de derecho: el principio de legalidad (CSJ SP 3963, 22 mar. 2017, [rad. 40216]).

Regla: imposibilidad de tener por materializado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a partir de la alusión genérica a la violación de los principios que rigen la contratación pública; es decir, no basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito. (**Doctrina probable:** CSJ SP7322-2017, 24 may. 2017, [rad. 49819]; SP3963-2017, 22 mar. 2017, [rad. 40216], y SP, may. 20 de 2009, [rad. 31654]).

3. Lo anterior constituye una **regla general para todo tipo penal en blanco**, puesto que la existencia de tales normas tendrá validez constitucional “siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa”. (**Precedente de obligación absoluta**: Corte Constitucional C-739/00)

4. En ese orden de ideas los **hechos jurídicamente relevantes** frente al **tipo penal** de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales deben plantearse así:

(i) El sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iv) sin cumplir el requisito Z, (v) que es esencial porque... (juicio valorativo), (vi) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vii) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible). (SP16891, 11 oct. 2017, [rad. 44609])

Prevaricato por acción

Los **hechos jurídicamente relevantes** en esta clase de delito conllevan tener en cuenta las siguientes reglas mínimas (**fuentes jurisprudenciales**: SP 10803-2017, 24 jul. 2017, [rad. 45446] y SP2920-2017, 08 may. 2017, [rad. 48199]):

1. El fiscal (al decidir sobre la imputación o acusación) y el juez (en la sentencia) tienen las siguientes obligaciones:

i) Delimitar con precisión la conducta que se le endilga al servidor público, lo que, obviamente, implica especificar cuál fue la *resolución*, *dictamen* o *concepto* que emitió, sin perjuicio de los otros aspectos fácticos relevantes, y

ii) Realizar un juicio valorativo orientado a establecer si la decisión es manifiestamente contraria a la ley.

2. Adicionalmente, para establecer si los hechos del caso pueden ser subsumidos en la norma que regula el delito de prevaricato por acción (art. 413 del CPP), resulta imperioso realizar constataciones fácticas como las siguientes:

i) Cuáles eran las pruebas con las que contaba el funcionario para cuando emitió la sentencia, y

ii)Cuál fue la decisión que emitió. Lo anterior sin perjuicio de los referentes fácticos del dolo, la antijuridicidad, etcétera.

3. A partir del conocimiento suficiente de esa realidad, el fallador debe:
 - i) Valorar si la decisión que tomó el procesado es contraria a la ley (para tales efectos debe tenerse en cuenta que en los casos por prevaricato por acción no se analiza el acierto de la decisión cuestionada, sino su legalidad (CSJ SP, 19 ago. 2009, [rad. 26707] y CSJ SP, 2 may. 2005, [rad. 14752]), y
 - ii) Estimar si esa contrariedad con el ordenamiento jurídico es *manifiesta*, esto es, *patente, clara*.

4. El examen en mención comporta acreditar si el funcionario, de acuerdo con la información disponible al momento de adoptar la determinación, “estuvo en posibilidad real de haber podido ajustar el ejercicio de su competencia al ordenamiento jurídico y, por tanto, si tenía conciencia del carácter delictivo de su proceder, (...) (y se) optó voluntariamente por realizar la prohibición típica” (CSJ SP, 15 may. 2008, [rad. 29433], entre muchas otras).

5. Adicionalmente, debe efectuarse un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos, pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas (CSJ SP, 15 feb. 2012, [rad. 37901], entre muchas otras).

6. La **construcción de los hechos jurídicamente relevantes** conlleva, entre otras cosas, determinar en el aspecto objetivo del tipo lo siguiente (CSJ SP072-2019, 23 ene. 2019, [rad. 50419]):
 - i) Establecer cuáles fueron las normas trasgredidas.
 - ii) Verificar cuál fue la interpretación que realizó el procesado, así como las circunstancias bajo las cuales aplicó o dejó de aplicar unas normas en particular.
 - iii) Realizar un juicio valorativo orientado a establecer si esa interpretación y/o aplicación puede considerarse como manifiestamente contraria a la ley, esto es, si obedece a un acto de arbitrariedad “y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente” (CSJ SP072-2019, 23 ene. 2019, [rad. 50419]). Para realizar ese juicio de valor debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el nivel de desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las normas aplicables al caso.

7. Si el cargo por prevaricato se fundamenta en la inaplicación del **precedente judicial**, resulta elemental que se establezca con precisión, entre otras cosas, lo siguiente (CSJ AP1081-2019, 22 mar. 2019, [rad. 52018]):
- i) Los precedentes que se omitieron;
 - ii) Si se trata de sentencias de constitucionalidad, debe(n) precisarse la(s) regla(s) establecidas por la Corte;
 - iii) En lo que concierne a sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional o de decisiones de los tribunales de cierre en la jurisdicción ordinaria, debe(n) delimitarse la(s) regla(s) y establecerse la analogía fáctica con el caso resuelto por el procesado, y
 - iv) Si, como en este caso, se alega la existencia de sentencias contradictorias, deben hacerse las respectivas constataciones.

LA CONGRUENCIA

Doctrina probable: CSJ SP, 06 abr. 2006, (rad. 24668); SP, 28 nov. 2007, (rad. 27518); SP, 08 oct. 2008, (rad. 29338); SP, 27 jul. 2007, (rad. 26468); SP, 03 jun. 2009, (rad. 28649); SP, 15 oct. 2014, (rad. 41253) y SP 6808-2016, 25 may. 2016, (rad. 43837).

1. **Definición:** consiste en la identidad fáctica, jurídica y de sujetos que habrá de existir entre la imputación, la acusación y la sentencia. Cuando se hace referencia exclusiva a la identidad fáctica, más propiamente, se habla de principio de coherencia.
-
2. **Estructura:** se observa que para que exista congruencia entre el acto de acusación o su similar, según sea el caso, deben concurrir tres elementos entre dicho acto y la sentencia emitida por el juez correspondiente, los cuales se determinan de la siguiente forma:
 - i) Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.
 - ii) Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.
 - iii) Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado.

3. **Vulneración:** se produce cuando ocurre alguna de las siguientes eventualidades:
- i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.
 - ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.
 - iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.
 - iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que, frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma.

4. **No se vulnera**, en cambio, si el fiscal pide absolución y el juez condena.

REGLAS PARA QUE EL JUEZ PUEDA CONDENAR POR UN DELITO DISTINTO DEL CUAL LA FISCALÍA SOLICITÓ CONDENA

Doctrina probable: CSJ AP7386-2015, 30 sep. 2015 (rad. 46810); SP16544-2014, 03 dic. 2014, (rad. 41315) y SP 107-2018, 07 feb. 2018, (rad. 49799).

1. **Primera posición:** inicialmente, se sostuvo una interpretación apegada al tenor del artículo 448 del CPP, prohibiéndose condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena.
2. **Segunda posición:** posteriormente, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la condición para que el juez se desviara del contenido de la acusación y condenara por un delito distinto, eran necesarios cinco requisitos:
 - i) Es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa;
 - ii) La nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género;
 - iii) El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad;
 - iv) La nueva adecuación típica debe respetar el núcleo fáctico de la acusación;
 - v) No debe afectar los derechos de partes e intervinientes que la fiscalía expresamente lo solicitara.

- 3. Tercera posición:** finalmente, la Corte Suprema de Justicia varió dicha posición y pasó a sostener que el juez sí podrá condenar por un delito distinto al atribuido en la formulación de acusación, así la fiscalía no lo solicite de manera expresa, siempre y cuando:
- i) El nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezcan los intereses del procesado;
 - ii) No se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable;
 - iii) El nuevo delito sea de menor entidad;
 - iv) No se lesionen los derechos de las partes.

CAPÍTULO III

ESTÁNDARES PARA LA CELEBRACIÓN DE PREACUERDOS Y ALLANAMIENTOS

José María Peláez Mejía

Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Harry Fernando Mora Mayorga

Asesor Legal
Departamento de Justicia - OPDAT

PRESUPUESTOS DE LA NEGOCIACIÓN

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional C-1260/05 y CSJ SP2042-2019, 05 jun. 2019, (rad. 51007) y SP5660-2018, 11 dic. 2018, (rad. 52311).

1. En la imputación la fiscalía tiene la obligación de hacer:
La relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado sí tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena (Corte Constitucional C-1260/05).

2. Debe existir una imputación jurídica adecuada y correcta ajustada a los hechos jurídicamente relevantes, como presupuesto básico de la negociación (CSJ AP, 18 abr. 2012, [rad. 38146]).

3. Las circunstancias específicas de agravación deben tener adecuada fundamentación fáctica y jurídica (CSJ SP244-2016, 24 feb. 2016, [rad. 43758]).

4. La imputación es exclusiva y excluyente del fiscal, la imputación NO se hace por acuerdo con el procesado, ni a su gusto ni a su medida, pero sí parte de la atribución **completa, adecuada y correcta** de los cargos (CSJ SP14191-2016, 05 nov. 2016, [rad. 45594]).

5. Con nuevos elementos materiales probatorios que permitan desarrollar una nueva teoría del caso, se puede readecuar, reformular o precisar la imputación de cargos, ya sea para agravarlos o atenuarlos, de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes. La readecuación típica **NO** constituye beneficio adicional al preacuerdo (CSJ SP14191-2016, 05 nov. 2016, [rad. 45594]).

LAS CONDICIONES SUSTANCIALES MÍNIMAS QUE SE REQUIEREN PARA LA APROBACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DE CARGOS POR ALLANAMIENTO UNILATERAL O EN VIRTUD DE UN PREACUERDO

Sentencia fundadora de línea: SP, 30 nov. 2006, (rad. 25108). **Sentencias confirmadoras de línea —doctrina probable—:** SP, 08 jul. 2009, (rad. 31531); SP, 01 jun. 2011, (rad. 35973); SP, 13 feb. 2013, (rad. 39707) y SP, 13 feb. 2013, (rad. 40053).

1. Que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo, debidamente informado y asesorado por el abogado defensor del procesado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento. **Fundamento legal:** arts. 8, lit. 1), 131, 293 y 368 del CPP.

Si existen vicios en el consentimiento o no hubo asesoramiento del abogado defensor, entonces el juez deberá:

- i) A la hora de **verificar el preacuerdo, improbar** el mismo, o
- ii) **Anular** la aprobación al momento de **dictar sentencia** (de primera a segunda instancia), si no se hizo así.

Cfr. CSJ, SP 21 feb. 2007, (rad. 26587)

2. Que no viole derechos fundamentales, lo que **principalmente** significa que el juzgador debe verificar que se trata de una **conducta típica, antijurídica y culpable**. **Fundamento legal:** arts. 10, inc. 1 y 5; 351, inc. 4 y 368 inc. 2 del CPP.

Si se vulnera alguna garantía fundamental (porque la conducta sea **atípica, carezca de lesividad, esté justificada** o se encuentre **exculpada**), entonces el juez deberá:

- i) A la hora de **verificar el preacuerdo, aprobar** el mismo;
- ii) Al momento de **dictar sentencia** (de primera instancia), **absolver** al procesado; si no se hizo así, cuando se **dicte sentencia de segunda instancia o casación**, entonces, se proferirá **sentencia de reemplazo absolviendo** al procesado.

Cfr. CSJ SP10299-2014, 05 ago. 2014, (rad. 40972) y SP 08 jul. 2009, (rad. 31531).

3. Que exista un **mínimo de prueba** que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad. **Fundamento legal:** arts. 7, 327 y 381 del CPP.

Si falta un mínimo de prueba, entonces el juez deberá a la hora de **verificar el preacuerdo, improbar** el mismo. Si no se hizo así, entonces, al momento de **dictar sentencia** (de primera o segunda instancia), deberá **anular** la aprobación.

Cfr. CSJ AP5151-2016, 10 ago. 2016, (rad. 48204).

LAS CONDICIONES MÍNIMAS QUE DEBE CUMPLIR EL CONSENTIMIENTO DEL PROCESADO CUANDO DECIDE ACEPTAR CARGOS POR PREACUERDO O ALLANAMIENTO

Sentencia fundadora de línea: SP, 30 nov. 2006, (rad. 25108). **Sentencias confirmadoras de línea —doctrina probable—:** SP, 08 jul. 2009, (rad. 31531); SP, 01 jun. 2011, (rad. 35973); SP, 13 feb. 2013, (rad. 39707); SP, 13 feb. 2013, (rad. 40053) y SP9379-2017, 28 jun. 2017, (rad. 45495).

1. Debe tratarse de una aceptación de cargos **libre y voluntaria**, lo cual implica la ausencia de:

- i) Presiones.
- ii) Amenazas.
- iii) Contraprestaciones.

Es decir, cuando sobre ella no se haya presentado ninguno de los vicios del consentimiento, tales como el **error**, la **fuerza** o **cualquier otra circunstancia análoga** que aparezca probada en el proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-1260/05).

2. Debe realizarse de forma **consciente** por parte del procesado, lo cual significa que deberá encontrarse con el pleno uso de sus facultades mentales.

3. Debe requerirse siempre del **asesoramiento** del abogado defensor del procesado.

4. Tiene que tratarse de una manifestación **debidamente informada**, lo cual implica que el procesado conozca a plenitud:

- i) ¿**Qué** cargos está aceptando? ¿**Qué** es lo que se negocia? (los términos de la imputación).
- ii) ¿**Qué** pruebas existen en su contra?
- iii) ¿Cuál es la pena (principal y accesoria) a la que se enfrentaría, en caso de perder el juicio, y por la que se condenará al aceptar los cargos?
- iv) ¿Cuál sería la procedencia objetiva de los subrogados y mecanismos sustitutos de la pena?
- v) ¿Cuál sería la modalidad de preacuerdo? ¿**Cuál es el precio** de lo que se negocia? (el decremento punitivo u otro beneficio que obtendría).

5. **Solución del caso cuando existen vicios del consentimiento:** cuando se acredite que el procesado aceptó su responsabilidad a consecuencia de un error, fuerza o dolo, o que no se garantizó, por ejemplo, su derecho a contar con una defensa técnica, resulta admisible **retrotraer o anular** el proceso, en orden a dejar sin efectos la aceptación de cargos (CSJ SP 20 nov. 2013, [rad. 39834]).

LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES QUE DEBERÁ CUMPLIR TODO PREACUERDO O ALLANAMIENTO A CARGOS PARA SER APROBADO

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005, C-1195 de 2005; CSJ SP2042-2019, 06 jun. 2019, (rad. 51007) y SP594-2019, 27 feb. 2019, (rad. 51596).

1. La Corte Suprema de Justicia resaltó la obligación del juez de acatar los acuerdos celebrados por la fiscalía y la defensa, pero bajo el entendido de que se verifique que se trata de una **conducta típica, antijurídica y culpable**. También son **garantías fundamentales** que deberán respetarse los **principios** limitadores del *ius puniendi* tales como: el principio de culpabilidad, favorabilidad, *non bis in ídem*, la prohibición de analogía *malam partem*, proporcionalidad y razonabilidad, cosa juzgada, etc.

2. En consecuencia, la fiscalía tiene la obligación de hacer:

La relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado sí tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena. (Corte Constitucional, sentencia C-1260/05)

3. En ese sentido, no puede perderse de vista que:

Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (arts. 9-12 del Código Penal). En consecuencia, el juez solo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el **principio constitucional de legalidad** de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley. (Corte Constitucional, sentencia C-1195/05)

4. Por lo tanto:

La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (arts. 90 y 124 del Código de Policía). (Corte Constitucional, sentencia C-1195/05)

5. Al hilo de las posturas en esta materia (**preacuerdo sobre los términos de la imputación**), la Sala Penal de la Corte, desde antaño (SP 12 Sep. 2007, [rad. 22759]), nos ha dicho que es del criterio de que **el presupuesto del preacuerdo** consiste en **no soslayar el núcleo fáctico de la imputación** que

determina una correcta adecuación típica; esta incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, las cuales fundamentan la imputación jurídica: imputación fáctica y jurídica circunstanciada.

6. Solución del caso si el preacuerdo vulnera las garantías

- i) Cuando la conducta atribuida al procesado deviene **atípica**, carece de **antijuridicidad en sentido material**, está **justificada** o se encuentra **exculpada**, deberá dictarse **sentencia de reemplazo absolviendo al procesado**. Al respecto, en la SP 08 jul. 2009, (rad. 31531), en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material, razón por la cual dictó sentencia absolutoria. Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por **atipicidad** de la conducta.
Cfr. CSJ SP 06 abr. 2016, (rad. 43512).
- ii) Tal solución —restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación— se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena —con allanamiento a cargos— por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, [rad. 39160]), razón por la cual, la Corte Suprema de Justicia dictó como **nueva sentencia** una en la que únicamente condenaba por el delito que se adecuaba a los hechos.

EL MÍNIMO DE PRUEBA COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA QUE EL JUEZ PUEDA APROBAR EL PREACUERDO O LA ACEPTACIÓN UNILATERAL DE CARGOS

Fuente jurisprudencial: CSJ AP5151-2016, 10 ago. 2016, (rad. 48204) y AP6436-2014, 22 oct. 2014.

1. Deberá existir, al menos, una prueba adicional a la aceptación unilateral o bilateral de cargos del procesado, que permita inferir razonablemente (CSJ AP5151-2016, 10 ago. 2016, [rad. 48204] y AP6436-2014, 22 oct. 2014):
 - i) La tipicidad de la conducta, y
 - ii) La autoría o participación en ella por parte del investigado.
2. En cuanto al **estándar de conocimiento** exigido, la Corte Suprema de Justicia ha utilizado varias expresiones ambivalentes al respecto:

- i) “Al momento de dictar sentencia, es evidente que al juez no le puede bastar únicamente tal declaración, sino que requiere **un grado de certidumbre**” (Cfr. CSJ SP, 30 nov. 2006, [rad. 25108]).
- ii) “Es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con **un grado racional de verosimilitud**” (SP 08 jul. 2009, [rad. 31280]).
- iii) Asimismo, la Corte Constitucional exige que la aceptación de cargos “debe ser cierta y estar **plenamente respaldada** en el material probatorio recaudado” (Corte Constitucional, Sentencia C-1260/05).

3. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha dicho recientemente que el estándar de conocimiento exigido para los preacuerdos:

No puede asimilarse al dispuesto para la condena en los juicios ordinarios, precisamente porque el propósito de estas formas de terminación anticipada de la actuación penal es evitar el debate probatorio, que constituye el escenario idóneo para la depuración de los medios de conocimiento —interrogatorios cruzados, debates sobre la admisibilidad de los documentos y evidencias físicas, etcétera— (SP 594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]).

Por ende, sus **reglas** para determinarlo son las siguientes:

- i) Es evidente que el legislador optó por **evitar que la condena se emita únicamente a partir de la decisión del procesado de aceptar los cargos** —por allanamiento a los cargos, mediante acuerdo o por aplicación del principio de oportunidad—, pues, frente a este punto, no admite otra interpretación lo dispuesto en el artículo 327 en el sentido de que el referido estándar apunta a salvaguardar la presunción de inocencia.
- ii) No obstante, también es claro que dicha exigencia se colma con la presentación de un *mínimo de prueba* acerca de los elementos estructurales del delito y la autoría o participación del procesado, como expresamente lo dispone esta norma, lo que se aviene a los *ahorros procesales* que se pretenden con estas figuras.
- iii) Sin perjuicio de las notorias diferencias que existen con otras formas de terminación anticipada consagradas en ordenamientos procesales anteriores, lo dispuesto en el artículo 327 coincide con la prohibición de basar la condena únicamente en la confesión del procesado, pues históricamente se ha exigido que la misma tenga **algún nivel de corroboración**.

4. **Solución del caso si el preacuerdo carece de un mínimo de prueba**

En un caso de prevaricato por acción, explicó la Corte lo siguiente:

En conclusión, al juez solo le era dable anular la aceptación de cargos o improbar los preacuerdos cuando, mirado cada caso concreto, no existiesen otros elementos materiales probatorios que se constituyeran en prueba suficiente para inferir razonablemente que se estaba frente a un delito (...) (CSJ AP5151-2016, 10 ago. 2016, [rad. 48204]).

ASPECTOS QUE PUEDEN SER CONTROVERTIDOS MEDIANTE LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACEPTA EL PREACUERDO O ALLANAMIENTO A CARGOS

Fuente jurisprudencial: AP 27 jun. 2012, (rad. 38911); AP 17 oct. 2012, (rad. 33145); AP28 ago. 2013, (rad. 41419); SP 20 nov. 2013, (rad. 39834) y AP 31 ene. 2017, (rad. 49411) y AP4174-2019, 25 sep. 2019 (rad. 54902).

1. El cumplimiento de alguna de las tres condiciones mínimas necesarias para la aprobación del preacuerdo (aceptación libre y voluntaria, ausencia de violación de garantías fundamentales y mínimo de prueba).
2. La vulneración del principio de congruencia (CSJ AP 28 ago. 2013, [rad. 39566]).
3. Está vedado controvertir a quien preacuerda con la fiscalía los términos de su responsabilidad y el *quantum* de la pena, siempre y cuando el juez, como le corresponde, los haya respetado (art. 351, inc. 4 de la Ley 906 de 2004 y CSJ AP, 20 oct. 2005, [rad. 24026]).

La retractación:

- i) La regla general es la siguiente:
Una vez aceptado, reitérase, **el allanamiento es irrevocable**. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irrevocabilidad (CSJ SP9379-2017, 28 jun. 2017, [rad. 45495]).
- ii) En otras palabras, luego de que el juez de control de garantías acepta el allanamiento, o el de conocimiento hace lo propio con el preacuerdo por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (arts. 131 y 293 de la Ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad (CSJ AP, 20 oct. 2005, [rad. 24026]).

- iii) El éxito de una censura, soportada en **una posible retractación de allanamiento a cargos, solo** podría tener sentido **si se demuestra en forma clara, objetiva y precisa** que en dicho acto se incurrió en vicios del consentimiento o en vulneración de garantías fundamentales (CSJ, SP 21 feb. 2007, [rad. 26587]).
- iv) En los casos de allanamiento a cargos en la **audiencia de formulación de la imputación**, el *a quo*, como lo expresó en la audiencia de verificación del allanamiento, no está en la obligación de reeditar el procedimiento de aceptación hecho por su homólogo de control de garantías; pues, sobre él, ya ha operado una intervención judicial previa del funcionario llamado por excelencia a verificar la salvaguarda de las garantías esenciales del procesado (CSJ SP, 15 may. 2013, [rad. 39025]).

ASPECTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE PREACUERDO Y LOS LÍMITES A LA FACULTAD DE PREACORDAR

1. A nivel general, se tiene que los preacuerdos pueden recaer sobre:
 - i) Los hechos imputados, o alguno relacionado.
 - ii) La adecuación típica incluyendo las causales de agravación y atenuación punitiva.
 - iii) Las consecuencias del delito (art. 351, inc. 2) las cuales son de orden penal y civil.
(Corte Constitucional, Sentencia C- 516 de 2007)
2. En sentencias CSJ SP2168-2016, 24 feb. 2016, (rad. 45736); SP, 20 nov. 2013, (rad. 41570); SP, 14 dic. 2005, (rad. 21347) y SP, 10 may 2006, (rad. 25389), nos dijo la Alta Corporación de Justicia que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas³:
 - i) El grado de participación.
 - ii) La lesión no justificada a un bien jurídico tutelado.
 - iii) Una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor.
 - iv) La sanción a imponer.
 - v) Los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del Código Penal.

³ Pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y, por ende, fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.

- vi) Los errores a que se refieren los numerales 10.º y 12.º de la citada disposición.
- vii) Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 del CPP).
- viii) La ira o intenso dolor (art. 57 del CPP).
- ix) La comunicabilidad de circunstancias (art. 62 del CPP).
- x) La eliminación de causales genéricas o específicas de agravación.
- xi) Las conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos.

3. En todo caso existen los siguientes **límites** a la facultad de preacordar:

- El fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005). Es decir, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso (Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019).
- El fiscal no puede, en ejercicio de esta facultad, crear tipos penales. En todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente (Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005).
- En la sentencia SU-479 de 2019 concluyó la Corte Constitucional que un preacuerdo en el que el fiscal reconoce circunstancias atenuantes de responsabilidad como la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema (art. 56 del CP), las cuales no encuentran respaldo en los hechos del proceso, implica en sí mismo una modificación de tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005. En esta virtud, puede concluirse que para el reconocimiento de las circunstancias de atenuación punitiva del artículo 56 del Código Penal en un preacuerdo a suscribirse por el fiscal, deben mediar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir mínimamente no solo que el acusado o imputado se encontraba en una situación de ignorancia, marginalidad, o pobreza extrema, sino que lo anterior influyó directamente la perpetración del injusto penal.
- Deben estar orientados a humanizar la actuación procesal y la pena, a obtener pronta y cumplida justicia, a activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, a propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y a lograr la participación del imputado en la definición de su caso, para lo que deben observarse las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, “a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento” —artículo 348 de la Ley 906— (CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]).

- Los preacuerdos están supeditados al reintegro del incremento patrimonial obtenido a raíz del delito, bajo los parámetros del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]). Según lo establecido en el artículo 351, está prohibida la acumulación de beneficios (CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]).
- Deben acogerse las prohibiciones dispuestas por el legislador para la celebración de acuerdos respecto de algunos delitos en particular (CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]).

PROHIBICIONES EN CASO DE PREACUERDOS

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional en Sentencia SU-479 de 2019.

- Los casos en los que el sujeto activo obtuvo incremento patrimonial fruto del delito, y no ha reintegrado al menos el 50 % de dicho incremento ni ha asegurado el recaudo del remanente (art. 349 del CPP). En estos casos, **no será posible** precordar.
- En delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes (art. 199 de la Ley 1098 de 2006). En estos, **sí será posible precordar**, pero el procesado NO podrá recibir ningún beneficio.
- En delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos (art. 26 de la Ley 1121 de 2006). En estos, **sí será posible precordar**, pero el procesado NO podrá recibir ningún beneficio.
- Recientemente, también se incorporó cierta prohibición cuando se trate del delito de feminicidio (art. 5 de la Ley 1761 de 2015). En estos casos, a la persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar un medio del beneficio, el cual se trata en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Tampoco podrán celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias.
- Asimismo, en la mencionada sentencia de la Corte se plantea:
Adicionalmente, la Directiva 01 de 2018 también señaló que “cuando se trate de imputaciones que versen sobre conductas que afecten los bienes jurídicos de administración pública, administración de justicia, seguridad pública o salud pública, el fiscal delegado no podrá precordar ninguna circunstancia de menor punibilidad”.

- El fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas, porque no podría incluirlos en una eventual acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios (CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, [rad. 51596]).

LAS TRES TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA POSIBILIDAD DEL CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN Y LOS ACUERDOS (CSJ SP14191-2016, 05 oct. 2016, [rad. 45594])

- i) **Primera postura:** la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos.

La postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 jul. 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 mar. 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 jun. 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 ago. 2013, 2.^a instancia 41375 y CSJ AP, 16 oct. 2013, 2.^a instancia 39886.

- ii) **Segunda postura:** la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso.

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2.º del inciso 2.º del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales, y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”. Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, en aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, las sentencias: CSJ SP, 12 sep. 2007, casación 27759 y CSJ SP, 08 jul. 2009, casación 31280.

- iii) **Tercera postura:** la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350, inciso 2.º, numeral 2.º; 351, inciso 4.º; 443, inciso 1.º y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de constitucionalidad: 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio. **Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala,** reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos: CSJ SP, 06 feb. 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 jul. 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, 01 oct. 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 oct. 2014, casación 42184, y CSJ SP14842-2015, 28 oct. 2015, casación 43436.

LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ACERCA DEL CONTROL MATERIAL DEL JUEZ A LOS PREACUERDOS

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019.

Reglas

- Encuentra la Corte que la **segunda postura** es la que acoge el criterio establecido por esta Corporación en su jurisprudencia y la que, además, respeta el tenor de los postulados legales que han definido los límites y alcances de las facultades de los fiscales y jueces penales.
- Conforme a esta línea, la CSJ indicó que, de acuerdo a la Sentencia C-1260 de 2005, los preacuerdos deben realizarse sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes. Por esta razón, **los jueces de conocimiento sí deben realizar un control material de los preacuerdos** que celebra la FGN.
- Esta tesis ha propugnado porque todo acuerdo entre la fiscalía y el imputado o acusado debe ser sometido a un tamiz crítico que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso

como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y de la prevalencia de la justicia material (art. 351, inc. 4, de la Ley 906 de 2004).

- Los fiscales delegados, en aplicación de la normativa de preacuerdos y las subreglas planteadas en la Sentencia C-1260 de 2005, **deberán** considerar que la calificación jurídica resultante de un preacuerdo **debe atender, de forma estricta, los hechos jurídicamente relevantes** expuestos en la imputación. De modo que, si bien los fiscales tienen cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, dado que su labor es de adecuación típica, deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso.
- La facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada.
- Los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar.
- El tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.
- El control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se advierte incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio.
- La posibilidad que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional.
- De nuevo, advierte la Sala que esta línea interpretativa de la Corte Suprema de Justicia, que exige un mínimo de prueba de las circunstancias de menor punibilidad resulta ser la que se ajusta a la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1260 de 2005 de esta Corporación. Conforme a esta sentencia que constituye cosa juzgada constitucional, el fiscal no podrá seleccionar libremente o modificar el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.
- En desarrollo del principio de legalidad del proceso penal, el artículo 56 del Código Penal debe ser interpretado de forma exegética y a la luz de lo dispuesto en la Sentencia C-1260 de 2005 de esta Corporación, que hizo tránsito a cosa juzgada

constitucional. En esta virtud, puede concluirse que para el reconocimiento de las circunstancias de atenuación punitiva del artículo 56 del Código Penal en un preacuerdo a suscribirse por el fiscal **deben mediar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir mínimamente**, no solo que el acusado o imputado se encontraba en una situación de ignorancia, marginalidad, o pobreza extrema, sino que lo anterior influyó directamente la perpetración del injusto penal.

MODALIDADES DE PREACUERDO⁴

PRIMERA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo sin rebaja de pena

1. Se presenta cuando exista una expresa prohibición legal de rebajas. Pero se podría: **a)** pactar la pena mínima (CSJ STP 69478-2013, 24 sep. 2013), o **b)** pactar un incremento razonable de la pena por concurso (CSJ STP 2327-2016, 25 feb. 2016, [rad. 84228]).

2. Ejemplo. Preacuerdo sobre delitos sexuales con menores de edad (art. 199 de la Ley 1098 de 2006), o sobre delitos de extorsión (art. 26 de la Ley 1121 de 2006).

SEGUNDA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo simple

1. Allí se acuerdan únicamente las rebajas previstas por la aceptación de cargos de conformidad con el estadio procesal en que se encuentre, es decir, se aceptan los cargos, sin modificación, tal y como fueron imputados.
2. Las **rebajas** serían las siguientes (CSJ SP, 01 oct. 2012, [rad. 38903]):
 - i) Desde la expedición de la Ley 906 de 2004 el legislador previó tres oportunidades para que el imputado pudiera **allanarse** a los cargos: **a)** en la audiencia de imputación (arts. 288, num. 3 y 351, inc. 1); **b)** en la Audiencia Preparatoria (art. 356-5), y **c)** en el juicio oral (art. 367, inc. 2). Asimismo, precisó tres espacios para efectos de llevar a cabo **preacuerdos**

⁴ Se sigue parcialmente la doctrina y sistematización jurisprudencial de: Saray Botero, N. & Uribe Ramírez, S. (2017). *Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el Imputado o Acusado* (pp. 181-198). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

con la fiscalía, así: **a)** en la audiencia de imputación (art. 351); **b)** una vez presentada la acusación, **entendida como radicado el respectivo escrito**⁵, y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (art. 352), y **c)** en el juicio oral, a través de las llamadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas (art. 369).

- ii) En principio, la ley ha señalado una rebaja común a las dos especies de aceptación de cargos en la primera oportunidad de **hasta** la mitad de la pena. Para la segunda **hasta** de una tercera parte para el allanamiento (art. 356-5) y **de** una tercera parte para el preacuerdo (art. 352, inc. 2), en tanto que, para la última, **de** una sexta parte si se trata de aceptación unilateral (art. 367, inc. 2), y la pretensión punitiva que exprese el fiscal, en el evento de la culpabilidad preacordada (art. 370).
- iii) Para casos de flagrancia:

Etapa procesal en que se produce la aceptación de cargos	Rebaja original Ley 906 de 2004	Rebaja actual en casos de flagrancia, párrafo, artículo 57, Ley 1453 de 2011
Audiencia de formulación de imputación Artículo 351 de la Ley 906 de 2004	hasta ½ (50 %) de la pena imponible	12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia Preparatoria Artículos 356-5	hasta 1/3 (33,3 %)	8,33 % (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Artículo 367	de 1/6 (16,6 %)	4,16 % (1/4 de la sexta parte)

TERCERA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo con eliminación de causal de agravación específica

1. Se presenta cuando el acuerdo consiste en la supresión de un agravante punitivo de la parte especial del Código Penal (razón por la cual no se estaría aludiendo a las circunstancias de mayor punibilidad) (art. 350, inc. 2.º, num. 1.º del CPP).

2. Ejemplo. En la sentencia de la CSJ SP, 27 nov. 2013, (rad. 41417), un caso de delito sexual agravado por las causales 2.^a y 5.^a del artículo 211 del Código Penal fue preacordado eliminándose la causal 2.^a, en donde la pena quedó intacta.

⁵ De otro criterio, Saray Botero, N. & Uribe Ramírez, S. (2017) consideran que la presentación de la acusación es la **lectura** del Escrito de Acusación, p. 188.

MODALIDADES DE PREACUERDO⁶

CUARTA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo con eliminación de un cargo específico

Se presenta cuando en un proceso penal se le imputan varios delitos a una persona, pero se preacuerda suprimir una de las conductas punibles para que sea condenado por la que sería la pena imponible por los restantes delitos (CSJ SP, 17 jun. 2009, [rad. 30661] y SP, 03 feb. 2010, [rad. 30612]).

Ejemplo. A una persona a quien se le imputó homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas acuerda ser condenado únicamente por homicidio agravado.

QUINTA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo con degradación

Se presenta cuando, sin cambiar el tipo penal objetivo, se concede un beneficio punitivo a partir del reconocimiento de un atenuante específico de la pena, de algún atenuante genérico de la parte general del Código Penal, una mutación del tipo subjetivo o un cambio en el grado de intervención en el punible.

Ejemplo. Aceptar cargos por homicidio culposo realizado con culpa consciente y no con dolo eventual; aceptar ser cómplice en vez de autor; aceptar cargos con culpabilidad disminuida por tratarse de un error de prohibición vencible, etc. Así se observa en la sentencia SP7100-2016, 01 jun. 2016, (rad. 46101) en la cual la Corte Suprema de Justicia procedió a casar parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Cundinamarca y, en su lugar, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pacho, por cuyo medio condenó al procesado como responsable, a título de cómplice, del delito previsto en el artículo 365 (porte ilegal de armas) del Código Penal y le otorgó la prisión domiciliaria.

⁶ Se sigue parcialmente la doctrina y sistematización jurisprudencial de Saray Botero, N. & Uribe Ramírez, S. (2017).

SEXTA MODALIDAD DE PREACUERDO: preacuerdo por readecuación típica o aceptación de un delito relacionado de pena menor

Consiste en cambiar el tipo objetivo por otro que se encuentre ontológicamente relacionado.

Ejemplo. Pasar de tentativa de homicidio a lesiones personales; de peculado por apropiación al de abuso de confianza calificado; cambiar cómplice de homicidio al de autor de favorecimiento, etc. De esta manera, en un caso de tutela (STP2554-2014, 27 feb. 2014, [rad. 72092]) la Corte Suprema de Justicia consideró correcto el cambio del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años por el de acoso sexual. Sin embargo, en la Sentencia T-484 de 2018, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional conoció el caso del preacuerdo celebrado por la fiscalía 17 delegada ante los jueces penales del circuito de Puerto Rico (Caquetá) con el sindicado de un delito de acto sexual con menor de catorce (14) años. En este preacuerdo, como se dijo, se cambió el delito imputado por el de acoso *sexual agravado* y se celebró pese a la proscripción que existe para celebrar preacuerdos como presupuesto de rebaja de pena en los delitos de abuso sexual en menores (art. 199, num. 7 del CIA).

IMPOSIBILIDAD DE ACEPTAR CARGOS POR PREACUERDO O ALLANAMIENTO, LUEGO DE LA ALEGACIÓN INICIAL DE CULPABILIDAD

Fuente jurisprudencial: SP1929-2018, 20 may. 2018, (rad. 52624).

Regla: es jurídicamente imposible que el procesado acepte cargos luego de la alegación inicial de culpabilidad⁷ en la que se declara inocente pues, aunque no existe norma que lo prohíbe, tampoco existe una que lo autorice.

Los **argumentos** a partir de los cuales la Corte infirió dicha regla son los siguientes:

1. Conforme al criterio vigente de la Sala, **el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo**. Bajo esa concepción se ha aplicado a la aceptación de los cargos una disposición que nominalmente está referida a los preacuerdos, como es el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, [rad. 39831]).
2. En ese orden de ideas, el mandato del artículo 352 del CPP, que confina la última oportunidad procesal para la celebración de preacuerdos entre la fiscalía y el

⁷ De otro criterio, Saray Botero, N. & Uribe Ramírez, S. (2017) consideran que es posible celebrar un preacuerdo, incluso, después de la práctica de pruebas y antes de dictarse sentido del fallo, p. 187.

procesado al ámbito procesal, comprendido desde la presentación de la acusación “(...) hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (...)” (subrayado fuera del texto), también marca un límite máximo a la posibilidad que tiene el procesado de allanarse a los cargos.

3. Luego entonces, ese momento **es un punto de no retorno**, a partir del cual no está autorizada por la ley la terminación del proceso por la vía del allanamiento a la acusación.
4. No puede considerarse que el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 habilita esa posibilidad cuando faculta al juez para “(...) autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes (...)” porque expresamente dispone ese precepto que tales convenciones no pueden versar sobre aspectos en los cuales “(...) haya controversia sustantiva (...)”. Y nada más sustantivo que la admisión de responsabilidad penal, pues, como reza el inciso final del artículo 354 ibídem: “Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento (...)”, y, obviamente, esta será condenatoria.
5. Si de acuerdo con lo expresado por la corporación judicial encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política el proceso penal, según el sistema de valores, principios y derechos contenido en la Carta, no tiene un propósito exclusivamente vindicativo y no se guía únicamente por un criterio de eficacia, sino que se interesa tanto en la condena de los culpables como en la absolución de los inocentes. No es válido sostener que el procedimiento ordinario no conduzca a la consecución de esos fines ni que deba privilegiarse siempre el procedimiento abreviado, ya que ello equivaldría a supeditarse solamente al criterio de mayor eficacia.
6. Igualmente, no se compadece con la filosofía premial y acorde con la cual se podría sostener que al acusado se le debe reconocer una rebaja de una sexta parte de la pena imponible aun después de superado el momento procesal fijado como tope por el legislador. Conforme a tal criterio sería factible, v. gr., reducir la sanción en la anotada proporción al procesado que decidiera allanarse a los cargos una vez concluida la fase del juicio oral denominada alegatos o argumentos de conclusión (art. 444 del CPP), cuando se puede decir que “la suerte ya está echada” porque solo resta que el juez dé a conocer el sentido de su fallo (art. 445 del CPP). El denominado derecho penal premial responde a una evaluación costo-beneficio. De ahí que sea diferente la “recompensa” que se ofrece al procesado por su allanamiento, según lo temprano o tardío de este. Pues bien, esa lógica indica que habrá

un momento de máxima utilidad del allanamiento y otro de ínfima o incluso nula utilidad de este. Eso corresponde definirlo al legislador y ya se vio cómo fue configurado en nuestro estatuto procesal penal.

LA TIPICIDAD QUE SIRVE DE MARCO PARA EL ESTUDIO DE LOS MECANISMOS DE EJECUCIÓN DE LA PENA EN PREACUERDOS CONSISTENTES EN UNA READECUACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Reglas

1. Frente a la Ley 906 de 2004, y en lo que respecta a la manifestación de culpabilidad precordada bajo una tipificación más favorable, el concepto «conducta punible», para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, **es la pactada en el preacuerdo** y NO la calificación jurídica que se hubiese realizado en la imputación (CSJ SP, 15 nov. 2017, [rad. 46930]).
2. En las decisiones: CSJ SP, 28 feb. 2018, (rad. 50000) y SP4439-2018, 10 oct. 2018, (rad. 52373), se **precisó** que más allá de la tipicidad acordada en el pacto entre fiscalía y defensa, el análisis, para definir la calificación jurídica base de los sustitutos y subrogados penales, tenía que agotarse a partir de las cláusulas del preacuerdo. Ello significa lo siguiente (**subreglas**):
 - i) Los preacuerdos y negociaciones previstos en la Ley 906 de 2004 posibilitan la terminación anticipada del proceso por vía de la aceptación de culpabilidad, a cambio de obtener beneficios que comporten una menor respuesta punitiva del Estado. Tales **beneficios**, en lo que aquí interesa, pueden ser el producto de **dos modalidades de acuerdos diferentes con efectos también diversos**:
 - a) La eliminación de alguna causal de agravación o algún cargo —art. 350, inc. 2, **num. 1**—, o
 - b) Por la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena —art. 350, inc. 2, **num. 2**—.
 - ii) Si el preacuerdo se basa en el **numeral 1** (por ejemplo, se elimina el **agravante** del concierto para delinquir agravado), entonces se **debe condenar** por la **pena del delito imputado sin el agravante** (lo cual constituirá el único beneficio). Sin embargo, el **tipo penal**, sobre el cual se realizará el estudio de los **subrogados penales** y respecto del cual se hará **penalmente responsable**, será el **delito atribuido en la formulación de la imputación** (en nuestro ejemplo, se condenaría

por concierto para delinquir agravado sin que se otorgue ningún subrogado penal por prohibición del artículo 68A, pero la **pena** que se le impondría sería la concierto para delinquir **simple**).

- iii) Si el preacuerdo se basa en el **numeral 2^o**, entonces se debe **condenar** por el **delito readecuado** en virtud del preacuerdo y **no** por el imputado lo cual implicará que: **a)** que ello constituya el único beneficio, y **b)** que el estudio de los mecanismos de la ejecución de la pena se realice con base en el **delito preacordado** y **no** en el imputado (en nuestro ejemplo, ello implicaría la **ficción legal** de condenar al procesado por el delito de concierto para delinquir simple “**como si**” hubiese cometido verdaderamente esa conducta punible, lo que haría, entre otras cosas, procedente la concesión de los correspondientes subrogados penales).

Casos

Caso 1. En esta oportunidad la Corte decidió un asunto en el que a un procesado se le imputó el delito de concierto para delinquir agravado, pues a tal calificación correspondía el hecho enrostrado. No obstante, por razón de un preacuerdo, se hizo merecedor a la pena prevista para el delito de concierto para delinquir simple. Aunque se trató de la calificación adecuada y **por la que se formulara imputación** —concierto para delinquir **agravado**— la que se tuvo en cuenta para establecer la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que finalmente fue negada por la prohibición del artículo 68A del Código Penal que impide a los ejecutores del delito de concierto para delinquir agravado acceder a dicha prerrogativa. Las razones fueron las siguientes:

- i) El fundamento normativo ofrecido para sustentar el acuerdo se ubicó en el numeral 1.º del inciso 2.º del artículo 350 del CPP, que permite eliminar «alguna causal de agravación o algún cargo», como ocurrió en este caso, en el que para efectos de tasar la pena se prescindió de la modalidad agravada del concierto para delinquir.
- ii) No se fundó la aceptación de cargos, por tanto, en el numeral 2.º del citado precepto, en virtud del cual resulta posible tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, como hubiera podido hacerse si se hubiese pactado que el procesado aceptaba su responsabilidad y se declaraba

⁸ Por ejemplo, tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, como hubiera podido hacerse si se hubiese pactado que el procesado aceptaba su responsabilidad y se declaraba culpable del delito de concierto para delinquir simple del inciso 1.º del artículo 340 del Código Penal y que dicho cambio de tipificación constituía el único beneficio recibido como consecuencia del preacuerdo.

culpable del delito de concierto para delinquir simple (art. 340, inc. 1. del Código Penal), y que dicho cambio de tipificación constituía el único beneficio recibido como consecuencia del preacuerdo.

- iii) El procesado suscribió el acta de preacuerdo en la que aceptó declararse culpable del delito de concierto para delinquir agravado, lo que comporta consecuencias jurídicas diferentes a aceptar responsabilidad en la modalidad simple de ese delito. Entre ellas, que no es posible acceder al subrogado del artículo 63 del Código Penal, relativo a la suspensión de la ejecución de la pena, por expresa prohibición del artículo 68A del mismo estatuto (CSJ SP486-2018, 28 feb. 2018, [rad. 50000]).

Caso 2. En este caso la Corte estudió un preacuerdo celebrado entre la fiscalía y la defensa, que se concretó en el **cambio de calificación jurídica**, de *homicidio agravado* a *homicidio agravado cometido en estado de ira*, siendo esta última la adecuación típica que la procesada aceptó como de su autoría. Lo anterior habida cuenta de que, de acuerdo con lo manifestado por el delegado fiscal en la audiencia de verificación de preacuerdo, se tuvo conocimiento acerca de que la relación entre la víctima y la acusada estaba siendo negativamente influenciada por los celos de esta frente a su compañero y que este fue el motivo por el que el ente persecutor accedió a tipificar la conducta de una manera más favorable para la acusada. En este orden de ideas, concluye la Corte que, siguiendo las cláusulas del pacto celebrado entre acusada y fiscalía, es **la tipicidad producto del acuerdo la que fija el parámetro para el estudio de los mecanismos que rigen las diferentes formas de ejecución de la pena** de prisión (CSJ SP4439-2018, 10 oct. 2018, [rad. 52373]).

Casos varios. En la sentencia SP18912-2017, 15 nov. 2017, (rad. 46930), la Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente:

En casos como el presente, esto es, cuando el implicado acepta su responsabilidad a cambio de que la fiscalía degrade a cómplice la forma de concurrencia en la conducta punible, al juzgador le corresponde, además de condenarlo a ese título, «examinar la pena sustitutiva de prisión intramural conforme a los extremos punitivos, mínimo y máximo, previstos para el cómplice», según lo concluyó recientemente la Corte (CSJ SP, 24 feb. 2016, [rad. 45736]), cuando analizó un asunto de connotaciones semejantes. (CSJ SP, 03 feb. 2016, [rad. 43356])

Así las cosas, es claro que en este caso el *ad quem* no podía dejar de tener en cuenta la tipificación surgida a raíz del preacuerdo, con miras a estudiar la procedencia de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

HIPÓTESIS Y REGLAS EN LAS QUE EL JUEZ PUEDE OTORGAR MÁS DE UNA REBAJA AL EMITIR SENTENCIA EN VIRTUD DE UN PREACUERDO

1. Cuando se traten de derechos adquiridos por el procesado en virtud de **fenómenos posdelictuales**, como ocurre, por ejemplo, en los eventos de la reparación del artículo 269 del Código Penal. En estos casos, **además** de la rebaja o beneficio que obtenga en virtud del preacuerdo, será posible otorgarse el beneficio del artículo mencionado anteriormente.
2. En aquellos casos en los que la fiscalía ajusta la calificación jurídica a favor del acusado, conforme al principio de legalidad. Por ejemplo, el fiscal se percató que imputó un concurso aparente de tipos penales, entonces **reajusta** la atribución de cargos y le otorga, **además**, la rebaja del 50 % (esto último, **sí** producto del preacuerdo).

Reglas:

- i) En primer término, debe resaltarse que la Corte Suprema de Justicia, en la decisión CSJ SP, 05 oct. 2016, (rad. 45594), avaló la actuación de la fiscalía durante la audiencia de acusación —antes de que la misma se consolidara—, consistente en corregir la imputación en lo que concierne a la forma de participación —la cambió de *coautor a cómplice*—, con la expresa advertencia de que ello no correspondía a un beneficio para el procesado, sino a un correctivo en la calificación jurídica.
- ii) Si se tiene en cuenta que los beneficios que puede recibir el procesado tienen relación directa con el momento de la actuación en que decida someterse a una forma de terminación anticipada, resulta inadmisibles que el ente acusador, con una imputación o una acusación equivocada, le limite esa posibilidad, o lo someta a la encrucijada de aceptar cargos desbordados o acceder a un menor beneficio por tener que esperar que la fiscalía, en una instancia procesal posterior, ajuste la imputación o la acusación al ordenamiento jurídico.
- iii) Lo anterior bajo el entendido de que la imputación y la acusación son actuaciones regladas, y que en las mismas no se pueden consagrar beneficios infundados ni agravar la situación del procesado cuando no haya lugar a ello.
- iv) En este orden de ideas, la fiscalía tiene la posibilidad de **corregir los cargos** en el interregno comprendido entre el inicio de la audiencia de acusación y la consolidación de la misma, cuando considera que un yerro en ese sentido

limita la posibilidad del procesado de someterse, tempranamente, a una forma de terminación anticipada de la actuación, tal y como lo concluyó la Corte en la decisión CSJSP, 05 oct. 2016, (rad. 45594).

- v) Sin embargo, es su deber aclarar si la modificación corresponde a una corrección en el ejercicio de las funciones reguladas en los artículos 286 y siguientes, 326 y siguientes de la Ley 906 de 2004; o si se trata de un beneficio en los términos de los artículos 348 y siguientes (ídem). Ello resulta fundamental, entre otras cosas, para que el juez pueda establecer el tipo de control procedente, porque no es lo mismo analizar si la fiscalía, en el ejercicio de su función de acusar, incurrió en una violación flagrante del ordenamiento jurídico —control a la acusación—, que definir, verbigracia, si en virtud de un acuerdo se está concediendo un doble beneficio, en los términos del artículo 349 —control al acuerdo— (AP8231-2017, 29 nov. 2017, [rad. 51562]).

LA CONGRUENCIA Y LOS PREACUERDOS

Parte I

Reglas generales de la congruencia

- La **congruencia fáctica es absoluta**, esto es, que los hechos deben ser necesariamente los mismos de la acusación, mientras **la jurídica es relativa**. La legislación colombiana permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando respete el núcleo básico de la conducta atribuida y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor (CSJ SP4132-2019, 25 sep. 2019, [rad. 52054] y SP6613-2014, 26 may. 2014, [rad. 43388]; SP14839-2015, 28 oct. 2015, [rad. 45682]; SP18954-2017, 15 nov. 2017, [rad. 47770]).
- Con claro reconocimiento de que ese principio no es estricto, la Corte ha admitido que el juez puede desviarse jurídicamente del contenido de la acusación y condenar por un delito distinto al allí imputado, siempre que: **a)** el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezcan los intereses del procesado; **b)** no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; **c)** el nuevo delito sea de menor entidad y **d)** no se lesionen los derechos de las partes (CSJ SP4132- 2019, 25 sep. 2019, [rad. 52054]; SP16544 — 2014, 03 dic. 2014, [rad. 41315]; SP8033-2015, 24 jun. 2015, [rad. 45043]; SP 5897 — 2016, 10 may. 2016, [rad. 44425]).

- A nivel general, **se vulnera el principio de congruencia** en los siguientes eventos: **a) por exceso o de forma positiva** cuando independientemente de lo acertado o no de su pronunciamiento, el sentenciador decide más allá de lo establecido en la acusación. Por ejemplo, condena como *autor* a quien fue acusado como *cómplice*, sanciona por tres (3) delitos pese a que se acusó por dos (2) de ellos, condena por un punible más grave que el objeto de acusación, no tiene en cuenta circunstancias específicas o genéricas de atenuación reconocidas en el pliego de cargos, o adiciona circunstancias específicas o genéricas de agravación ajenas a la acusación. Caso en el cual, para enmendar la incorrección es necesario salvaguardar el principio de congruencia en el sentido de marginar del fallo el exceso, y **b) por defecto o de manera negativa u omisiva** cuando el fallador prescinde total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación, por ejemplo, no adopta decisión alguna respecto de uno de los delitos imputados. Para corregir la falencia, en procura de honrar el principio de congruencia debe invalidarse total o parcialmente la sentencia, según sea el caso, para que quien la profirió se pronuncie de fondo y en forma completa sobre el contenido de la acusación (CSJ AP5142-2016, 10 ago. 2016, [rad. 46051]).

- En cambio, **no se vulnera el principio de congruencia** en los siguientes eventos particulares resueltos a nivel jurisprudencial (siempre y cuando se respete el marco fáctico de la imputación y acusación): **a)** cuando se acusa por dolo directo y se condena por dolo eventual (CSJ AP, 04 sep. 2009, [rad. 31593] y SP16227-2015, 25 nov. 2015, [rad. 42510]); **b)** cuando se acusa como determinador y se condena como autor (CSJ AP, 27 jul. 2009, [rad. 31111]) o como coautor (CSJ SP, 14 jul. 2010, [rad. 26414]); **c)** cuando se acusa por autoría y se condena como determinador (CSJ SP10998-2015, 19 ago. 2015, [rad. 38685]); **d)** cuando se acusa como coautor y se condena como autor (CSJ AP, 11 sep. 2013, [rad. 41795]); **e)** cuando se acusa como autor o coautor y se condena como cómplice (CSJ AP, 11 sep. 2013, [rad. 41795]); **f)** cuando se acusa como autor mediato y se cambia a determinador (CSJ SP, 13 abr. 2009, [rad. 30125]); **g)** cuando se acusa por un delito y se condena por otro que tiene igual o menos pena como ocurriría, por ejemplo, cuando se acusa por concusión y se condena por cohecho propio (Corte Constitucional, Sentencia T-480/06), o si se acusa por fraude procesal y se condena por falsedad en documento privado en calidad de autor mediato (CSJ SP, 21 abr. 2010, [rad. 31848]); etc.

Parte II

Regla particular aplicable a los preacuerdos:

En materia de preacuerdos, el principio de congruencia se vulnera cuando la sentencia no guarda coincidencia con los cargos aceptados (CSJ SP4860-2019, 06 nov. 2019, [rad. 46401]). Asimismo:

El presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica. Por esta razón, el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo. (Corte Constitucional, SU-479 de 2019)

EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PREACUERDOS

Fuentes jurisprudenciales: Corte Constitucional, sentencias C-516 de 2007, C-059 de 2010 y SU-479 de 2019.

- La intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria.
- No existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos.
- Si bien la víctima **no cuenta con un poder de veto de los acuerdos** celebrados entre la fiscalía y la defensa, **tiene derecho a ser oída e informada** acerca de su celebración.
- En los procesos penales que se adelanten respecto de delitos graves y donde intervengan sujetos de especial protección constitucional en calidad de víctimas, el derecho a la participación de estas últimas demandas de las autoridades (fiscales delegados y jueces de conocimiento) **una protección constitucional reforzada**.
- Lo anterior implica no solo que los fiscales y los jueces penales deberán adoptar medidas diferenciales para lograr su participación efectiva dentro del proceso penal, sino que además deberán prestar mayor atención a que su participación no caiga en el vacío y que se cumplan efectivamente los objetivos que tiene su intervención en el proceso penal, tal y como lo manifestó esta Corte en la Sentencia C-516 de 2007.

- Celebrado el acuerdo, la víctima debe ser informada del mismo, a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima (art. 351, inc. 4 del CPP).
- Preservada la intervención de la víctima en los términos de la sentencia C-516 de 2007, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (art.351, inc. 6).
- Asimismo, conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (arts. 20 y 176 del CPP), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (art. 102 del CPP).
- Como parte de la impugnación, las víctimas tienen el **derecho a la justicia:**

La imposición de una sanción condigna a la afectación causada (CSJ. SP, abr. 27 de 2011, rad. 35947⁹) El cual se ve seriamente comprometido cuando se advierte que escudándose en su discrecionalidad el funcionario judicial impone el mínimo de pena, desconociendo los criterios de dosificación punitiva previstos en el inciso tercero del artículo 61 del CP, de forma, por demás, arbitraria. (CSJ SP13350-2016, 20 sep. 2016, rad. [47588]).

⁹ En dicha decisión se definió el derecho de las víctimas a obtener justicia como aquel encaminado a que “la conducta delictiva no quede en la impunidad, **se le imponga al responsable la condigna sanción** y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento” (destacado fuera de texto).

ANEXO I

LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL: el mecanismo correctivo de un allanamiento a cargos irregular, por regla general, es la nulidad. (SP5400-2019, 10 dic. 2019, [rad. 50748])

I. Presupuestos de estructuración adecuada de los hechos jurídicamente relevantes: el control y funciones de la imputación (Reiteración de jurisprudencia reunida en CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, [rad. 51007]).

1. El análisis de procedencia de la imputación o, lo que es igual, el «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, quien deberá realizarlo con sumo cuidado, dada la trascendencia del acto en la estructura del proceso; con mayor razón, se agrega en esta ocasión, cuando responda a la premura de una captura en flagrancia.
2. Tal juicio no puede ser objeto de control material por los jueces de control de garantías, «sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, [rad. 52507]; CSJSP, 11 dic. 2018, [rad. 52311]; CSJSP, 27 feb. 2019, [rad. 51596]; entre otras)», uno de los cuales es la «relación clara y sucinta de los **hechos jurídicamente relevantes**» (art. 288.2 del CPP), que son aquellos que se adecúan al supuesto de la norma típica invocada.
3. La imputación cumple tres funciones principales: «i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y iii) delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la fiscalía». (SP5400-2019, 10 dic. 2019, [rad. 50748])
4. En particular, sobre la última de tales funciones, se concluyó que el carácter vinculante de una alegación de culpabilidad no excluye el deber del juez de «verificar que se trata **de una conducta típica, antijurídica y culpable**, que, además, está demostrada con las evidencias y demás información recaudada por la fiscalía». (SP5400-2019, 10 dic. 2019, [rad. 50748])

II. La jurisprudencia anterior:

1. Con la sentencia de casación SP, 08 jul. 2009, (rad. 31531), se modificó la jurisprudencia que sostenía que, ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el juez solo tenía facultad para i) aprobarla y, en consecuencia,

dictar la sentencia condenatoria, o **ii**) rechazarla si encontraba que la misma quebrantaba garantías fundamentales y en caso de haberse adoptado la determinación contraria proceder a anularla. Esta posición se varió para admitir que, en sede de casación, **iii**) «cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como errores *in iudicando*», debía sustituirse la sentencia condenatoria por una absolutoria y no decretarse la nulidad.

Casos:

- 1.1. En la referida decisión, se resolvió casar una condena resultante de allanamiento al cargo de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, en la modalidad de llevar consigo, por falta de lesividad de la conducta. Sin embargo, se resolvió que lo procedente era dictar la decisión absolutoria de reemplazo en vez de la nulidad, por virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial y del control del respeto a las garantías fundamentales propio del recurso extraordinario.
- 1.2. Esa misma decisión se adoptó en la sentencia SP, 14 ago. 2012, (rad. 39160) —frente a uno de los delitos juzgados¹⁰— y en la SP732-2018, 14 mar. 2018 (rad 46848), al determinarse que las manifestaciones de culpabilidad aprobadas en esos casos vulneraban las siguientes garantías: en la primera, la prohibición de doble sanción por la misma conducta *non bis in ídem*, y, en la segunda, el principio de tipicidad en su faceta subjetiva (porte de estupefacientes sin ánimo de tráfico). Dicha tesis jurisprudencial fue avalada en otras decisiones, por ejemplo en la SP9379-2017, 28 jul. 2017, (rad. 45495).
2. En los casos resueltos por la jurisprudencia hasta aquí citada, el procedimiento empleado ha dejado de lado que la sentencia dictada con base en la aceptación de los cargos está precedida de un acto procesal que habilita la renuncia —parcial— al principio de jurisdiccionalidad, es decir, la resolución del asunto sin el agotamiento de un «juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas» (art. 8. inc. j del CPP). Ese acto jurisdiccional previo consiste en la aprobación de la manifestación de culpabilidad del procesado (arts. 293, 351 y 369 inc. 2

¹⁰ A pesar de la aceptación de culpabilidad en los delitos de *proxenetismo con menor de edad y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años*, se absolvió por este último bajo el argumento de que la condena simultánea violaba el principio *non bis in ídem*.

del CPP), decisión que, como se sabe, dependerá de que tal alegación sea «libre, consciente, voluntaria y debidamente informada», asesorada por el defensor técnico y respetuosa de las garantías fundamentales (arts. 8 inc. 1 y 293 par. del CPP). Solo en estas condiciones procederá la derogatoria del juicio y, por ende, será imperativo para el juez dictar sentencia **inmediata** y **conforme** a los términos en que fue admitida la acusación.

III. La nueva postura jurisprudencial:

1. **Nueva regla general:** el juez no está habilitado para emitir una sentencia absolutoria cuando se somete a su conocimiento un allanamiento a cargos o un preacuerdo.

Subreglas:

- 1.1. Ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el juez de conocimiento solo puede **i)** aprobarla y dictar la sentencia condenatoria consecuente, o **ii)** rechazarla si quebranta garantías fundamentales y continuar el trámite procesal ordinario.
 - 1.2. Ahora, si adoptó la primera determinación frente a un allanamiento irregular, lo procedente será, por regla general, decretar la nulidad de la decisión aprobatoria para que, en su lugar, se profiera el correspondiente rechazo y se continúe el proceso.
2. **Excepciones (casos de evidencia atipicidad objetiva):** la anterior postura jurisprudencial, según la cual en esos casos es viable la absolución, puede ser aplicada en casos extremos. Ello puede suceder, por ejemplo, si es evidente la atipicidad objetiva de la conducta, como cuando se imputa o acusa al amparo de una norma penal derogada, o cuando la premisa fáctica ni siquiera reúne los requisitos previstos en el artículo 250 de la Constitución Política para el ejercicio de la acción penal; esto es, que no existan motivos fundados para concluir que los hechos revisten las características de un delito. En casos de estupefacientes, esta regla excepcional podría aplicarse si, por ejemplo, la fiscalía imputa el porte de 40 gramos de marihuana para su propio consumo, bajo la errada convicción de que ello configura el delito previsto en el artículo 376 del CP.

Subreglas:

- 2.1. La atipicidad objetiva debe emerger de los términos de la imputación.
- 2.2. No es viable que el juez, a partir de la evidencia aportada para cumplir el requisito previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, infiera un hecho nuevo, porque ello, claramente, violaría el debido proceso, ya que las partes e intervinientes serían privadas de la posibilidad de ejercer los derechos de contradicción y confrontación.

IV. Las razones o argumentos para la variación:

1. La aceptación de un allanamiento —y del preacuerdo también— limita la facultad decisoria del juez de conocimiento en dos aspectos: **i)** en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral, y **ii)** en cuanto al sentido de la decisión, pues **esta solo podrá ser condenatoria**.
2. Esta conclusión obedece: **i)** al fundamento del trámite abreviado —renuncia al derecho a no autoincriminarse—, y **ii)** a la existencia de reglas legales expresas que así lo disponen: artículos 293, 351 y 369, inciso 2 del CPP.
3. Conforme a los argumentos expuestos, la aprobación de la declaratoria de culpabilidad representa el presupuesto procesal necesario de la respectiva sentencia anticipada que, se recordará, conlleva la renuncia y consecuente derogación del juicio. Así, inevitablemente, se transmitirá al acto procesal derivado o subsiguiente, el que, adicionalmente, pudo haber reproducido la anomalía en sus fundamentos. A su vez, puede adoptar la forma de un error de juicio, como ocurre, por ejemplo, cuando la conducta por la que se declara responsabilidad es atípica. En consecuencia, si la medida correctiva abarca, únicamente, la sentencia —reemplazo por otra—, subsistirá el acto procesal que le sirvió de antecedente, es decir, el control positivo de la autoincriminación, cuya firmeza mantiene la obligación para el juez de la causa de dictar una decisión condenatoria.
4. Ahora bien, es cierto que cuando la irregularidad reside exclusivamente en la sentencia de segunda instancia, la Sala de Casación Penal debe casar el fallo impugnado y dictar el que lo sustituya, tal y como lo preveía expresamente el inciso primero del artículo 217 del código procesal de 2000, que sigue siendo aplicable en vigencia de la Ley 906 de 2004, por virtud de los principios de celeridad y de eficacia de la administración de justicia. Sin embargo, como se ha explicado, en el caso de aceptación de un allanamiento o preacuerdo obtenido con violación de garantías fundamentales, la irregularidad es anterior a la sentencia y trascendente en esta porque invalida su presupuesto procesal; por lo que, la medida correctiva debe abarcarla.

5. El diseño del sistema procesal actual contempla **dos escenarios distintos** para decidir sobre la atipicidad de la conducta investigada y las demás causales de ausencia o exclusión de la responsabilidad penal, según el momento procesal: **primero**, cuando el debate y resolución de esos temas **es anticipado**, es decir, previo al inicio de la etapa de juzgamiento¹¹ y, de manera excepcional¹², cuando esta se encuentre en curso, la vía adecuada **es la preclusión**, según lo disponen los artículos 331 y SS del CPP; **segundo**, cuando la verificación de la concurrencia de una circunstancia exculpante tiene lugar en la definición del objeto del proceso, esto es, después de terminado el juicio oral o, por lo menos, el periodo probatorio del mismo (art. 442 del CPP)¹³, el ámbito de decisión posible es *el de una sentencia absolutoria*.
6. Los principios del sistema procesal penal impiden absolver en casos de allanamientos a cargos, según se explica:
- 6.1.** El principio acusatorio busca, entre otros fines, la nítida separación en los roles de acusador y juzgador, en aras de una mayor imparcialidad en el último que será el decisor (art. 5 del CPP). De ahí que, por regla general, sus decisiones dependen de las peticiones de las partes y estas a su vez impliquen un límite material en aquellas (principio dispositivo: art. 114 incs. 9, 10 y 12 del CPP). Así, cuando la defensa, de manera unilateral o en conjunto con la fiscalía, somete a la consideración del juez una manifestación de culpabilidad, su decisión debe circunscribirse a aceptarla o a rechazarla, de modo similar a como cuando se le formula una solicitud de preclusión, más aún cuando en aquel caso se lo impone una norma expresa (art. 351 inc. 4 del CPP).
- 6.2.** El principio de contradicción obliga a los jueces a garantizar a las partes la igualdad de oportunidades y de medios para hacer valer sus pretensiones (art. 8 del CPP), así como la controversia como elemento esencial de un sistema adversarial. Decretar una absolución, cuando lo tramitado y debatido por aquellas es la terminación anticipada del proceso, por virtud

¹¹ La preclusión solicitada por la fiscalía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 332 del CPP.

¹² El debate de la preclusión se restringe a las hipótesis contempladas en los numerales 1 (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3 (atipicidad del hecho investigado), de la norma citada anteriormente.

¹³ Artículo 442 del CPP:

Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes.

de una alegación de culpabilidad, se constituye en una decisión fruto de la visión unilateral del juez y no el resultado del ejercicio dialéctico de argumentar —probar y refutar— contraprobar, lo cual es más grave si se tiene en cuenta el carácter definitivo y definitorio de la providencia.

- 6.3.** La situación descrita también representa un menoscabo de las legítimas pretensiones de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, a través del desconocimiento de sus derechos procesales «A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas» (lit. d), y a que se consideren sus intereses, especialmente, en las formas de terminación abreviada del proceso (art. 351 inc. 6¹⁴ del CPP y C-516/2007¹⁵). Esa infracción, obviamente, es más palpable cuando la conducta investigada lesionó bienes jurídicos individuales, la vida por ejemplo, eventos en los que resultan afectados concretos; no tanto así frente a intereses colectivos o difusos como «la salud pública» o «el orden económico social».
- 6.4.** Las facultades de intervención del Ministerio Público «en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales» (arts. 250 y 277 inc. 7 de la Constitución Política y art. 109 del CPP), pueden resultar trasgredidas porque la absolución después de un allanamiento a cargos aprobado, eliminaría la posibilidad que tienen sus delegados, en la condición de representantes de la sociedad, de «solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión» (art. 111 inc. 2.^a del CPP).

¹⁴ «Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes».

¹⁵ El artículo 351 del CPP fue declarado exequible por la sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

ANEXO II

REGLAS SOBRE PREACUERDOS DE LA SENTENCIA SP2073-2020, 24 JUN. 2020 (RAD. 52.227).**1. Reglas jurisprudenciales sobre el proceso de delimitación de las hipótesis factuales en la Ley 906 de 2004 y los preacuerdos:**

- i) Cuando se habla de los *hechos del caso*¹⁶ como referente para la celebración de acuerdos, no puede perderse de vista que se trata de hipótesis, sometidas a diferentes estándares a lo largo de la actuación penal.
- ii) Para hacer la imputación, la fiscalía debe verificar el estándar establecido en el artículo 287 del CPP, y debe hacer lo propio para decidir sobre la acusación, según los lineamientos del artículo 336 del CPP.
- iii) Si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado —*por ejemplo, que el homicidio se cometió bajo estado de ira, su intervención fue a título de cómplice y no de autor, se trató de un delito de hurto y no de peculado, etcétera*—, la inclusión de esos aspectos no constituye un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad.
- iv) Los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida —*según el estándar previsto para cada fase*—, sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos.
- v) Es posible que, luego de formulada la imputación, en virtud de la progresividad inherente a la actuación, la fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado —*como en los eventos analizados en el fallo con radicado 51007*¹⁷—, pero en otros puede favorecerlo, como cuando, luego de la

¹⁶ Como se les denomina en varias oportunidades en la SU479 de 2019.

¹⁷ Sobre la posibilidad de introducir modificaciones a la premisa fáctica de la imputación, en dicho fallo se concluyó: Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: **i)** los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; **ii)** igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; **iii)** por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; **iv)** como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; **v)** cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; **vi)** si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; **vii)** al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva, y **viii)** los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

imputación, se establece que el homicidio ocurrió bajo circunstancias de menor punibilidad.

- vi) Esos cambios pueden producirse por su propia actividad investigativa o por la información que logre recopilar la defensa —*cuando opta por compartirla para que la hipótesis inicial sea corregida*—.
- vii) Es igualmente posible que, en las fases anteriores al juicio, la defensa plantee hipótesis alternativas fundadas, así, a juicio de la fiscalía, no tengan el respaldo *probatorio* suficiente para modificar la hipótesis factual de la imputación a la luz de los lineamientos de los artículos 287 y 336 del CPP.

2. Reglas sobre el cambio de la calificación jurídica sin ninguna base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena:

2.1. La imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no es posible, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

2.2. Otras modalidades parecidas a la anterior:

2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo. Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (*como en el evento analizado en el numeral anterior*). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (*que no corresponden a los hechos aceptados*), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Reglas:

- i) En esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, les imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada. Por ello, la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior.

- ii) La alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja.
- iii) Bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes.
- iv) Por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas.
- v) El acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.

2.2.2. El cambio de la premisa fáctica incluida en la imputación.

- i) Se trata, sin duda, de una problemática sustancialmente diferente, porque no atañe a la aplicación de una norma que no corresponde a los hechos, sino a la modificación de la premisa fáctica, que apareja el respectivo cambio de la calificación jurídica.
- ii) Según se indicó, el carácter progresivo de la actuación puede dar lugar a que los hechos descritos en la imputación sufran modificaciones, que pueden resultar favorables o desfavorables al procesado. Ello, sin perjuicio de la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación (CSJSP, 5 jun. 2019, [rad. 51007]).
- iii) En el trámite ordinario, la fiscalía puede realizar esas modificaciones en la acusación, en los términos analizados en el fallo 51007 (SP2042-2019), lo que, valga la repetición, en algunos eventos puede resultar favorable al procesado, como cuando se incluye una circunstancia de menor punibilidad que por alguna razón no había sido considerada en la imputación.
- iv) Ello podría presentarse, por ejemplo, cuando la fiscalía imputa el delito de homicidio, porque al momento de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del CPP solo cuenta con evidencias e información legalmente obtenida atinentes a que el imputado fue quien causó la muerte. Sin embargo, en desarrollo del programa metodológico logra establecer, bajo las mismas exigencias, que el sujeto activo actuó ante la provocación grave e injusta de la víctima. Bajo esas condiciones, la defensa podría estar interesada en que se ajusten las premisas fáctica y jurídica, en orden a que el procesado se someta a una condena anticipada a cambio de un beneficio en particular.
- v) Incluso, puede suceder que la calificación jurídica se modifique sin que haya sido cambiada la premisa fáctica y sin que ello implique un beneficio para el procesado —*en el contexto de los acuerdos*—, como cuando el fiscal advierte que las normas que seleccionó frente a los hechos incluidos en la imputación son equivocadas.

- vi) Frente a ese tipo de situaciones, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la fiscalía aclare si el cambio de las premisas fáctica y jurídica corresponde a un beneficio o al hecho de ajustar el caso al ordenamiento jurídico (CSJSP, 11 dic. 2018, [rad. 52311]; CSJSP, 5 jun. 2019, [rad. 51007]; entre otras).
- vii) En estos casos, si se hacen las respectivas aclaraciones y demostraciones, *por ejemplo, explicar el sustento probatorio de la premisa fáctica modificada*, debería existir suficiente claridad acerca de cuáles cambios obedecen al ajuste del caso a la estricta legalidad y cuáles son las concesiones o beneficios producto del acuerdo.
- viii) No obstante, dijo la Corte que “La Sala no emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la viabilidad legal de esa modalidad de acuerdo” (SP2073-2020, 24 jun. 2020 [rad. 52.227]).

2.2.3. Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica.

- i) La Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tiene límites puntuales en el ordenamiento jurídico.
- ii) En este orden de ideas, a la pregunta si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**.
- iii) En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: **a)** el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; **b)** el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo; **c)** el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; **d)** su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y **e)** el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes.

3. Resumen de las reglas:

Primero. En virtud de un acuerdo, no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos: **i)** la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; **ii)** en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; **iii)** esos cambios de calificación jurídica, sin base factual, pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; **iv)** además, este tipo de acuerdos puede desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: **i)** las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; **ii)** así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad —sin base fáctica—; **iii)** la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice (para continuar con el mismo ejemplo); **iv)** el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo, y **v)** las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. En el ámbito de los acuerdos, tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, además de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada, los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: **i)** el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; **ii)** el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo; **iii)** el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios

económicos y de todo orden derivados del delito; **iv)** su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y **v)** el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Cuarto. Cuando se trata de graves atentados contra los derechos humanos, y, con mayor razón, cuando los mismos recaen sobre personas especialmente vulnerables, para la celebración de acuerdos con el procesado, los fiscales deben considerar, entre otras cosas: **i)** las prohibiciones y límites establecidos por el legislador; **ii)** los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad; **iii)** el deber de actuar con la diligencia debida durante la investigación y, en general, a lo largo de la actuación penal; **iv)** la necesidad acentuada de esclarecer este tipo de hechos, y **v)** el imperativo de que la negociación no afecte el prestigio de la administración de justicia, lo que claramente sucede cuando se otorgan beneficios desproporcionados y/o se pretende que en la sentencia se den por sentadas situaciones contrarias a la verdad.

Quinto. El estándar establecido por el legislador en el último inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004: **i)** está orientado a proteger los derechos del procesado, especialmente la presunción de inocencia; **ii)** se aviene a la tradición jurídica colombiana, ya que a lo largo del tiempo se ha considerado que la confesión del procesado —en sentido estricto— no puede ser soporte exclusivo de la condena; **iii)** aunque es un estándar menor del previsto para la condena en el trámite ordinario, el mismo está orientado a salvaguardar, en la mayor proporción posible, los derechos de las víctimas, y **iv)** si el fiscal realiza los juicios de imputación y de acusación conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales, no debe tener ninguna dificultad para cumplir este requisito.

Sexto. El rol del juez frente a los acuerdos: **i)** es diferente al que desempeña con respecto a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; **ii)** lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite —ordinario—, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; **iii)** en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; **iv)** en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; **v)** así, el

juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327 del CPP, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito.

Finalmente, debe recordarse que la modalidad de acuerdo referida por la defensa, orientada a la modificación de la premisa fáctica de la imputación o la acusación, no se desarrolla en este proveído, por resultar impertinente para la solución del caso.

CAPÍTULO IV

ESTÁNDARES PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA

José María Peláez Mejía

Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Harry Fernando Mora Mayorga

Asesor Legal
Departamento de Justicia - OPDAT

<p style="text-align: center;">AUDIENCIA PREPARATORIA</p> <p>Fuente jurisprudencial: CSJ AP 3299-2014, 18 jun. 2014, (rad. 43554) y AP 5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153).</p>		
FASES	MARCO NORMATIVO	OBJETIVO
I Instalación	Artículo 355, inciso 2	Presentación de las partes.
II Descubrimiento	Artículo 356, numerales 1 y 2	i) Observaciones de las partes sobre el descubrimiento, y ii) Descubrimiento de las evidencias por parte de la defensa.
III Enunciación	Artículo 356, numeral 3	Enumeración, por parte de la fiscalía y de la Defensa, de la totalidad de las evidencias que harán valer en la audiencia del juicio oral y público (no de todas las que descubrieron, solo de las que pedirán).
IV Estipulaciones probatorias	Artículo 356, numeral 4	Buscar llegar a acuerdos sobre la demostración de ciertos hechos que las partes tendrán por probados y no someterán a controversia.
V Manifestaciones de culpabilidad	Artículo 356, numeral 5	Preguntarle al procesado si acepta o no los cargos y comunicarle que tendrá derecho a una rebaja de hasta 1/3 (33,3 %) o si hubo captura en flagrancia de 8,33 % (1/4 de 1/3).
VI Solicitudes probatorias	Artículo 357	Argumentar la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas que las partes solicitarán sean practicadas en juicio.
VII Solicitudes de exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba	Artículo 359	Que cada parte se pronuncie acerca de las solicitudes probatorias realizadas por su contraparte.
VIII Fase de la decisión judicial	Artículos 357, 362 y 365	Tomar las decisiones acerca del decreto de la práctica de pruebas, conceder los recursos de ley y luego de ello señalar fecha y hora para el desarrollo del juicio oral y público.

FORMAS EN QUE DEBE REALIZARSE EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Doctrina probable: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920); SP, 30 oct. 2008, (rad. 30410) y AP7667-2014, 10 dic. 2014, (rad. 41802).

1. **Informando acerca de la existencia de la evidencia:** imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriéndolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.
2. **Entregando materialmente la evidencia:** entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.
3. **Permitiendo el acceso real de la parte a la evidencia:** facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.
4. **Igualdad de armas:** de la misma forma tendrá la defensa que realizar el descubrimiento a la fiscalía.
5. **Regla especial para la fiscalía:** a diferencia de la defensa, la fiscalía por mandato del inciso final del artículo 250 de la Constitución Política y el numeral 2.º del artículo 142 del CPP tiene el **deber** de suministrar la **totalidad** de los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado.

MOMENTOS EN LOS CUALES DEBE REALIZARSE EL DESCUBRIMIENTO

Doctrina probable: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920); SP, 30 oct. 2008, (rad. 30410); AP7667-2014, 10 dic. 2014, (rad. 41802); AP, 30 sep. 2015, (rad. 46153) y AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

Primer momento: con la **presentación del escrito de acusación** que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos: *el descubrimiento de las pruebas*, que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral; el nombre; dirección, y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc. La copia del anterior escrito, el fiscal se la entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

Segundo momento: dentro de la **audiencia de formulación de acusación**, asimismo, la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía “o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...” (art. 344 del CPP). De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de “copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio” (art. 344). Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad “en cualquiera de sus variantes” deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado” (art. 344).

Tercer momento: dentro de los **tres (3) días siguientes** a la terminación de la Audiencia de Formulación de la Acusación (art. 344 del CPP).

Cuarto momento: durante la **Audiencia Preparatoria**, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: “Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física” y “Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público” (art. 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes “los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados” CSJ SP 26128, 11 abr. 2007.

Quinto momento: en la oportunidad contemplada en el artículo 344 inciso final del CPP se menciona lo siguiente:

(...) **si durante el juicio** alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo

pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

EVENTOS EN LOS CUALES SE HACE VIABLE PERMITIR UNA RELEVACIÓN O DESCUBRIMIENTO PROBATORIO POSTERIOR Y PREVIO AL JUICIO ORAL Y PÚBLICO (Por fuera de los momentos legalmente establecidos)

Doctrina probable: CSJ SP, 26 oct. 2011, (rad. 36788); AP3583-2015, 24 jun. 2015, (rad. 44491) y AP4276-2016, 29 jun. 2016, (rad. 45900).

1. Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (art. 346 del CPP). Específicamente respecto de la excepción contenida en el artículo 346, reiteró la Corte que la misma se configura:
 (...) cuando se acredita que su incumplimiento obedece a causa no imputable a la parte obligada verbigracia, cuando ante quien se debe exhibir la evidencia no acude al sitio indicado para tal fin, o cuando la dificultad para develar el elemento probatorio o la evidencia no es imputable a quien la presenta.

2. En el evento en que una persona o entidad diferente a la fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; como los organismos que cumplen funciones de Policía Judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

3. Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del art. 344 ibídem).

REQUISITOS PARA EL DESCUBRIMIENTO EXCEPCIONAL DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 344 DEL CPP (Prueba sobreviniente)

Doctrina probable: SP, 30 mar. 2006, (rad. 24468); AP1083-2015, 04 mar. 2015, rad. 44238 (rad. 44238) y AP4164-2016, 29 jun. 2016, (rad. 45.120).

1. El medio de prueba debe ser pertinente, conducente y útil.
2. Deber surgir en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido.
3. No debe haber sido descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica.
4. Debe ser “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso.
5. Su admisión no debe comportar un serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

LAS CONTROVERSIAS SOBRE EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Fuente jurisprudencial: AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882)

Reglas: el juez debe tener presente sus deberes de propiciar que el descubrimiento sea lo más completo posible, y de velar porque las audiencias transcurran con celeridad. Para tales efectos, debe considerar **parámetros** como los siguientes:

1. Si se hace evidente que han existido problemas de comunicación, ajenos al actuar doloso de las partes, que han impedido que el descubrimiento se perfeccione, debe tomar las medidas necesarias para lograr que el problema se supere, bajo el entendido de que lo deseable es que la fiscalía y la defensa puedan presentar las pruebas que soportan sus respectivas hipótesis fácticas, salvo que se presente alguna situación que dé lugar a su inadmisión, rechazo o exclusión.
2. Si aparece **demostrado** que la parte que tenía a cargo el descubrimiento incumplió sus obligaciones, debe resolver sobre la procedencia del **rechazo** de las pruebas sobre las que recayó la omisión.
3. Si se **comprueba** que la parte a quien debió hacerse el descubrimiento no quiso recibir la información, debe tomar las decisiones que pongan fin a la controversia y permitan continuar con las audiencias subsiguientes.

4. Los debates sobre descubrimiento probatorio tienen una base fáctica, obviamente diferente a las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la fiscalía en la acusación, o las alternativas que presente la defensa, pues se trata de establecer si la fiscalía (o la defensa, según el caso), incumplieron el deber de descubrir una determinada información.
5. Como toda decisión de orden factual, el juez tiene que considerar las evidencias que ofrecen las partes, bajo el entendido de que este tipo de asuntos deben resolverse de forma célere, lo que no se contrapone a la obligación de respetar el debido proceso en todas las fases de la actuación.
6. Cuando no sea posible solucionar las diferencias suscitadas entre las partes, a través de una adecuada dirección del proceso, el juez tiene la obligación de decidir sobre la procedencia del rechazo, o sobre la viabilidad de ordenarle a alguna de las partes un descubrimiento en particular.
7. Si el juez considera procedente ordenarle a una de las partes el descubrimiento de una evidencia en particular, esa decisión no admite recursos, por tratarse de una orden orientada a dinamizar la audiencia.
8. Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo.
9. Finalmente, téngase de presente esta **regla**: toda evidencia descubierta puede ser pedida por cualquiera de las partes y no únicamente por quien la descubrió (CSJ, 21 feb. 2007, [rad. 25920] y CSJ, 08 nov. 2011, [rad. 36711]).

CARGAS ARGUMENTATIVAS DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS Y OTRAS REGLAS

Doctrina probable: CSJ AP7667-2014, 10 dic. 2014, (rad. 41802); AP3142-2014, 20 may. 2014, (rad. 42509); AP1282-2014, 17 mar. 2014, (rad. 41741); AP5911-2015, (rad. 46109) y AP 948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

- Toda prueba para ser admitida debe cumplir tres condiciones: pertinencia, **utilidad** y **conducencia**. Sin embargo, argumentativamente **solo es exigible explicar las razones de pertinencia**, mientras que las de conducencia o de utilidad no tendrán que sustentarse por el peticionario, pues será la contraparte quien tendrá el deber de señalar la inexistencia de alguna de estas cualidades.

- Argumentar la **pertinencia** comprende dos aspectos perfectamente diferenciables, aunque íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar (que sea tema de prueba) y la relación del medio de prueba con ese hecho. Por su parte, la **conducencia** se refiere a una cuestión de derecho: esto es, autorización legal para su práctica. Finalmente, “la **utilidad** de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJ AP948-2018, 07 mar. 2018, [rad. 51882]).
-
- *Excursus*: durante el Juicio oral es posible solicitar la inadmisión de una prueba por **impertinencia**. “Y ello es así por la potísima razón, de que las pruebas se decretan sin que se pueda conocer a ciencia cierta lo que será su contenido, sino basándose únicamente en la justificación que ofrezca la parte interesada en la respectiva solicitud probatoria, por tanto, el juez queda facultado para que durante su práctica en el juicio pueda verificar que la misma cumple el presupuesto de pertinencia, para lo cual habrá de confrontar lo que la prueba muestra con los hechos o circunstancias que se busca demostrar y también con las razones esgrimidas cuando se pidió su admisión”. (Doctrina probable: CSJ, 17 sep. 2012, [rad. 36784]; CSJ, 05 ago. 2015, [rad. 46279]; AP 3426-2016, 25 may. 2016, [rad. 46594] y CSJ, 05 oct. 2016, [rad. 45383])
-
- No le es dable al juez sustituir a la parte:
 - (...) en su rol, complementar su petición, intuir la finalidad, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas, pues de hacerlo, en las circunstancias indicadas, el juez rompería el equilibrio entre las partes y, en últimas, tomaría partido, como se dijo, por una verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez del sistema inquisitivo, cuestión que sin duda no corresponde a la filosofía del sistema y al principio de que son las partes y no el juez, a quienes le corresponde la carga probatoria. (CSJ AP5614-2014, 18 sep. 2014, [rad. 42720])
-
- La parte no puede complementar la argumentación que no se realice en el momento de las solicitudes probatorias en otras oportunidades como lo sería por ejemplo a la hora de interponer el recurso de reposición o apelación pues sobre esta fase opera el denominado principio de preclusividad que lo impide (CSJ AP 5911-2015, 8 oct. 2015 [rad. 46109]).
-
- La argumentación de pertinencia debe realizarse sobre **cada medio de prueba** de forma individual “cuidándose de incurrir en alusiones genéricas” (CSJ SP 6361-2014, 21 may. 2014, [rad. 42864]).

- No opera sobre ningún medio de prueba algún tipo de presunción que releve a las partes “de cumplir la carga argumentativa encaminada a justificar la procedencia probatoria” (CSJ SP 6361-2014, 21 may. 2014, [rad. 42864]); esto es, la pertinencia, conducencia y utilidad.
-
- No obstante, en caso de duda sobre la pertinencia, conducencia o utilidad de la prueba, esta debe ser decretada (CSJ SP, 08 jun. 2011, [rad, 35130]).
-
- Toda evidencia descubierta puede ser pedida por cualquiera de las partes y no únicamente por quien la descubrió (CSJ SP, 15 jun. 2011, [rad. 36711]).

LA RELACIÓN ENTRE LA PERTINENCIA Y LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Fuente jurisprudencial: CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153) y AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

- En primer término, la acusación constituye la principal delimitación del tema de prueba, como quiera que los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos constituyen el principal objeto de debate (CSJ AP, 17 mar 2004, [rad. 22053]), sin perjuicio de los hechos que proponga la defensa cuando opta por una teoría fáctica alternativa.
-
- Cuando las normas que regulan la imputación y la acusación hacen alusión a la relevancia jurídica del hecho, naturalmente se están refiriendo a su trascendencia frente a las normas penales elegidas por el acusador para realizar la calificación jurídica, o en las que la defensa descansa la oposición a la condena. Así, es claro que el **tema de prueba** de un proceso en particular está estructurado por los hechos o circunstancias relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas consagradas en las normas seleccionadas por las partes como soporte jurídico de sus respectivas teorías.
-
- En esta línea, se hace evidente la importancia de que la fiscalía exprese los hechos jurídicamente relevantes de manera “clara y sucinta, en un lenguaje comprensible” (art. 337 del CPP), pues de ello depende la claridad que se tenga frente a los hechos que integran el tema de prueba y los consecuentes análisis sobre la pertinencia de los medios elegidos para probarlos y, excepcionalmente, los debates sobre conducencia y utilidad, en los términos indicados en el numeral anterior.
-
- Los **dos aspectos** que se deben argumentar como parte de la **pertinencia** del medio de prueba son los siguientes:

- i) La trascendencia del hecho que se pretende probar (**tema de prueba**):
 - a) ¿Qué hecho jurídicamente relevante de la acusación se busca probar con dicha evidencia?
 - b) ¿Qué hecho jurídicamente relevante de la acusación se busca desvirtuar con dicha evidencia como teoría fáctica alternativa?
 - c) ¿Se refiere la prueba a la identidad del acusado?

 - ii) La relación del medio de prueba con ese hecho.
 - a) ¿La relación del medio de prueba con tal hecho es **directa**? En estos casos, la explicación suele ser más simple, como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado.
 - b) ¿La relación del medio de prueba con tal hecho es **indirecta**? En estos casos la prueba NO se pide para demostrar un hecho jurídicamente relevante, sino un dato (hecho indicador) a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte (verbigracia, el testigo vio al procesado salir corriendo del lugar donde recién habían ocurrido los hechos).
- Por un lado, la **inadmisión** de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular.
-
- Por otro lado, las partes deben explicar la pertinencia de cada medio de prueba, así entre ellos exista relación directa, como cuando un documento va a ser autenticado con un determinado testigo. Esta delimitación es importante para evitar que se utilicen medios de prueba que no tienen relación con los hechos relevantes para la solución del caso y, además, para que se analice de manera separada los demás requisitos de admisibilidad. Así, a manera de ejemplo, si se solicita la declaración del servidor público que atendió una muerte en accidente de tránsito, la explicación de pertinencia del testimonio no necesariamente se extiende al respectivo informe; también, es posible que el reporte no sea admisible por contener prueba de referencia o por cualquier otra razón que afecte el debido proceso probatorio.

TEMA DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Conceptos claves para la decisión acerca de las solicitudes probatorias en los casos de prevaricato por acción

Doctrina probable: CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153); SP, 08 may. 2017, (rad. 48199); AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882); AP, 26 jun. 2019, (rad. 55408) y SP3229-2019, 14 ago. 2019, (rad. 54723).

1. El estudio de pertinencia de la prueba comprende dos aspectos perfectamente diferenciables, aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho.

2. A partir de allí, es importante tener en claro que se entiende que el **tema de prueba** está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y **medio de prueba** es el que se utiliza para hacer dicha demostración.

3. En el evento en que se endilga la contrariedad manifiesta de una decisión y/o la omisión del servidor público de un acto propio de sus funciones, a propósito de la distinción entre tema y medio de prueba, en reciente pronunciamiento (CSJ AP, 26 jun. 2019, [rad. 55408]), retomando lo puntualizado en CSJ SP, 08 may. 2017, (rad. 48199), esta Corporación indicó lo siguiente:
 - i) En los casos de prevaricato y en otros donde *deba evaluarse la realidad procesal dentro de la cual se toman decisiones tildadas de ilegales, dicha realidad hace parte del tema de prueba;*
 - ii) De ahí emana la pertinencia del documento que da cuenta de la misma, que generalmente corresponde a la respectiva carpeta o expediente;
 - iii) Para identificar dicho documento, *resulta suficiente con la alusión a la carpeta o expediente al que corresponde, así como el número de folios;*
 - iv) No puede confundirse ese documento con los informes presentados por los investigadores, dentro de la investigación seguida en contra del funcionario investigado;
 - v) *Los anexos de estos informes, que tengan vocación probatoria, deben ser tratados individualmente, pues no constituyen tema de prueba, sino medio de prueba;*
 - vi) Por tanto, cada uno de ellos debe someterse a las reglas previstas para cada medio de prueba, y

vii) Así, por ejemplo, si en el informe suscrito por un investigador dentro del trámite seguido en contra del servidor público, se anexan entrevistas, *evidencias físicas* y dictámenes periciales, las primeras deben someterse a las reglas de la prueba testimonial, *las segundas a las reglas de los elementos físicos* y los terceros a lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

4. Por ejemplo, en un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, SP3229-2019, 14 ago. 2019, (rad. 54723), se determinó —respecto de una “epicrisis” solicitada en Audiencia Preparatoria por la fiscalía Delegada ante el Tribunal como prueba del prevaricato por acción seguido en contra del procesado (otro fiscal)— que la misma **sí era admisible**, aun cuando no se hubiesen obtenido mediante búsqueda selectiva en base de datos ni sobre ella realizado el control previo y posterior, porque dicho “documento” hacía parte de:

La realidad procesal a la que se enfrentó el funcionario (...) de la información con la que contaba el funcionario –tema de prueba– al considerar que no debía formular imputación ni solicitar medida de aseguramiento contra el capturado (...). Bajo ese supuesto, para identificar esta última evidencia, es suficiente la indicación de su contenido y, por supuesto, acreditar que hace parte de la actuación en la que el funcionario presuntamente cometió el ilícito. (SP3229-2019, 14 ago. 2019, [rad. 54723])

TEMA DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Los elementos materiales como objeto de prueba y como medio de prueba

Fuente jurisprudencial: CSJ SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932).

- Puede ocurrir que el elemento físico haga parte del tema de prueba, bien porque se le asocie a un hecho jurídicamente relevante (por ejemplo, el arma, en el delito previsto en el art. 365 del Código Penal) o a un hecho indicador (verbigracia, la carta amenazante que el procesado le envió a la víctima de homicidio).
- También es factible que la existencia (y contenido, en los casos de los documentos) de los objetos materiales se demuestre con el elemento mismo y con los respectivos testigos de acreditación.
- Sin embargo, el hecho de que el elemento físico o el documento no se presente como medio de prueba, no significa que su existencia (y contenido) no pueda demostrarse con otros medios de acreditación.

Ejemplos:

i) En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la fiscalía no haya podido incautar ese elemento.

ii) En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la fiscalía no haya podido incautar ese elemento. (CSJ SP, 31 ago. 2016, [rad. 43916]).

- En cuanto a la **autenticidad** del elemento material probatorio, se tiene que no es otra cosa que demostrar que la evidencia es lo que se afirma que es. Por lo tanto, la autenticidad de ella se encuentra ligada directamente con su pertinencia, pues si el medio de prueba no fuera el mismo que se aseguró que sí era, su relación con el tema de prueba desaparecería al convertirse en una evidencia totalmente ajena al eje central de discusión de dicho proceso penal (CSJ SP 12229-2016, 31 ago. 2016, [rad. 43916]). Al respecto, se tienen las siguientes reglas:
 - i) Si la falta de autenticidad del medio de conocimiento **no es algo evidente**, ello tendrá incidencia tan solo en la valoración de la prueba, razón por la cual no habrá de resolverse dicha problemática en sede de Audiencia Preparatoria.
 - ii) Pero si la falta de autenticidad **es algo evidente**, el medio de conocimiento se habrá convertido en un objeto impertinente, habilitándose así la posibilidad de pedir su inadmisión, incluso desde la Audiencia Preparatoria.

REGLAS FRENTE A LA SOLICITUD DE PRUEBA COMÚN

Fuente jurisprudencial: CSJ SP6361-2014, 21 may. 2014 (rad. 42864); AP2814-2017, 03 may. 2017, (rad. 49307) y AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

1. Un mismo testigo puede ofrecer conocimientos al juez que soporten aspectos relacionados con la teoría del caso de quien la solicitó como también de la parte contraria, evento que legitima para esos supuestos que el declarante sea asumido como propio en lo que concierne al interés del fiscal o de la defensa.

2. No existe argumento válido para negar el interrogatorio directo a las partes en la práctica de una prueba común si no es porque existen motivos de rechazo, exclusión, inadmisibilidad, impertinencia, inutilidad o porque se trata de situaciones repetitivas, de hechos notorios o que no requieren prueba (estipulaciones). Su utilidad es satisfecha si la parte demuestra argumentativamente qué aspecto del tema de prueba pretende probar con el testigo común que sea diferente o diverso al que busca corroborar la contraparte en su interrogatorio.

3. El derecho del fiscal y la defensa respecto de la prueba común desarrolla los fundamentos de los incisos 1° y 2° del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra forma se complementa el derecho que se les reconoce a solicitar “las pruebas que requieran para sustentar su pretensión” y la libertad para ofrecer en la preparatoria los medios que sustenten su teoría del caso y controvertir los allegados al juicio (arts. 373 y 378 *ibídem*).

4. Negarse el interrogatorio directo al fiscal y a la defensa para dejarlo exclusivamente a uno de ellos por haber solicitado el testimonio en primera oportunidad, sin aplicar los criterios que se vienen expresando, lesiona garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción, igualdad de oportunidades, así como también menoscaba los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

5. Se debe garantizar el derecho al interrogatorio de ambas partes en las condiciones en que se viene registrando porque cada una de ellas tiene su interés por razón de su teoría y le corresponde demostrarla, ese fin particular no se identifica plenamente para el fiscal y la defensa.

6. Negar la prueba común bajo el argumento de que los temas de su interés podrán ser ventilados durante el contrainterrogatorio es incorrecto por las siguientes razones:
 - i) Porque si una prueba es pertinente para soportar la teoría del caso, su práctica no puede quedar a merced de la contraparte, a quien le bastaría con renunciar a la misma para evitar el contrainterrogatorio y, por tanto, de esa forma podría privar a su antagonista de ese medio de conocimiento.
 - ii) Porque el legislador expresamente le asignó finalidades distintas al interrogatorio directo y al contrainterrogatorio. En el artículo 391 del CPP estableció que el primero “se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad del declarante”; mientras que en el artículo 393 del CPP precisó que “la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”.

7. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que tiene el juez de evitar la dilación del proceso, lo que bien puede suceder porque una de las partes pretenda que el testigo se pronuncie varias veces sobre un mismo tema. Por ello, cuando las partes solicitan un mismo testimonio para que le lleve al juez el conocimiento sobre un mismo aspecto (lo que bien puede suceder, por ejemplo, cuando pretendan realizar inferencias diferentes a partir de una misma situación fáctica), se deben ejercer los controles inherentes a la dirección del proceso, para evitar situaciones contrarias a la recta y eficaz administración de justicia.

TIPOS DE OPOSICIONES PROBATORIAS

Doctrina probable: CSJ, 30 nov. 2008, (rad. 37298); SP, 13 jun. 2012, (rad. 36562); SP7591-2015, 17 jun. 2015, (rad. 44710); AP5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153) y AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

1. **Inadmisión.** Procede solicitarla y decretarla cuando:

- i) El medio de prueba es:
- a) **Impertinente** porque el hecho que se pretende demostrar no hace parte del tema de prueba (dado que no se busca probar un *hecho jurídicamente relevante*, ni una teoría fáctica alternativa, ni la identidad del acusado) o porque el medio de prueba solicitado carece de relación directa o indirecta con el tema de prueba que se busca demostrar.
 - b) **Inútil** dado que: **1)** exista probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto; **2)** exhiba escaso valor probatorio; **3)** sea repetitivo o sea injustamente dilatorio del procedimiento¹⁸; **4)** esté encaminado a probar hechos notorios, y **5)** esté encaminado a probar hechos que no requieren prueba.
 - c) **Inconducente** en el caso de que **1)** exista la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba y no sea el solicitado; **2)** exista una prohibición legal de probar un hecho con ese determinado medio de prueba, y **3)** exista la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba (v.gr., conversaciones entre médico y paciente; la vida sexual de una persona, etc.).

¹⁸ Al respecto, téngase en cuenta que:

Cuando las partes proponen varias pruebas para demostrar un elemento estructural de sus teorías factuales, y el juez considera que las mismas son repetitivas y, por tanto, injustamente dilatorias del trámite, el concepto de mejor evidencia se erige en un importante criterio para establecer cuáles de ellas deben ser decretadas, sin perder de vista la obligación de lograr un punto de equilibrio entre los derechos de las partes (principalmente el derecho a la prueba) y la eficacia de la administración de justicia. (Art. 10 del CPP) (Ver CSJ AP, 08 nov. 2017, [rad. 51410])

- ii) La práctica de la prueba deviene en imposible o **irracional** (v.gr., inspección judicial a la luna).
 - iii) Se presenta una **ausencia de argumentación o argumentación excesivamente genérica** del aspecto atinente a la pertinencia del medio de prueba que fuera solicitado por parte del peticionario.
2. **Rechazo:** procede únicamente cuando la prueba solicitada **no fue descubierta** en debida forma.
 3. **Exclusión:** procede para toda prueba obtenida **con violación de las garantías**, para aquellas pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

RECURSOS CONTRA LOS AUTOS PROFERIDOS EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Doctrina probable: CSJ AP4812, 27 jul. 2016, (rad. 47469); AP8489, 05 dic. 2016, (rad. 48178); AP8825-2017, 05 dic. 2017, (rad. 48345) y AP948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

1. Contra el auto que **niega** una solicitud probatoria, ya sea porque la **inadmita** o **rechace** el medio de prueba proceden los recursos de:
 - i) Reposición
 - ii) Apelación
-
2. Contra el auto que **admite** una solicitud probatoria, pero sobre la cual NO haya existido una petición de exclusión probatoria o de rechazo, procede el recurso de **reposición únicamente**.
-
3. Contra el auto que **decide** una solicitud de **exclusión** (AP4812, 27 jul. 2016, [rad. 47469]) o **rechazo** (AP948-2018, 07 mar. 2018, [rad. 51882]) de pruebas (ya sea que acceda a ella o que niegue dicha solicitud admitiendo la prueba) proceden los recursos de:
 - i) Reposición
 - ii) Apelación

LA CADENA DE CUSTODIA

¿Su demostración es un problema que afecta y debe ser resuelto? En consideración a aspectos como: i) al decretar la prueba en Audiencia Preparatoria; ii) la incorporación de la evidencia en Juicio Oral, o iii) que se circunscribe a un simple problema de valoración de la prueba

Doctrina probable: CSJ, 15 jun. 2011, (rad. 31843); CSJ, 21 feb. 2007, (rad. 25920) y CSJ, 17 abr. 2013, (rad. 39276).

1. La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan — como si se tratase de un requisito de legalidad— la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia.

2. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.

3. Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos **aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla** del acopio probatorio.

4. En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia (acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio) podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos estos a los que la parte contra la cual se aduce tendrá que enfilear la crítica **(en otras palabras, es únicamente un problema de valoración de la prueba)**. Por lo tanto, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, **debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción** por la parte contra la cual se aduce.

PRUEBAS DE OFICIO Y GARANTÍAS PROCESALES ASOCIADAS

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional C-396 de 2007 y CSJ AP2356-2018, 30 may. 2018, (rad. 50213)

1. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, la prohibición contenida en el artículo 361 del CPP no es absoluta, en tanto que **los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio** en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial.

2. La prohibición de pruebas de decretar pruebas de oficio establecida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 es aplicable **única y exclusivamente al juez de conocimiento respecto de la fase del juicio**.

3. Adicionalmente, se tiene que los jueces de conocimiento —en sede del incidente de reparación integral— pueden ordenar y practicar pruebas por iniciativa propia, al tiempo que la Ley 906 de 2004 autoriza a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para hacerlo.

4. La posibilidad de que el juez encargado de un determinado trámite pueda practicar pruebas de oficio dependerá de la ponderación de distintos factores como la naturaleza del asunto, los derechos y garantías de las partes y los principios subyacentes al procedimiento establecido en la legislación procesal aplicable.

5. La prohibición de decretar y practicar pruebas de oficio por parte del juez de conocimiento en la etapa de juicio se justifica como una garantía de los principios de imparcialidad, igualdad de armas y debido proceso.

6. Entre los instrumentos diseñados por el constituyente y la Ley 906 de 2004, para garantizar la **imparcialidad objetiva** del juez, se encuentran los siguientes: **i)** el funcionario que instruye no juzga; **ii)** la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material, y **iii)** la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la fiscalía.

7. El sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no solo está impedido para practicar pruebas, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que, si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas

diferentes a las aportadas en la Audiencia Preparatoria y controvertirlas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado.

PRUEBA DE REFUTACIÓN

Parte I

Doctrina probable: CSJ AP4787- 2014, 20 ago. 2014, (rad. 43749); AP2215-2019, 05 jun. 2019, (rad. 55337) y SP2582-2019, 10 jul. 2019, (rad. 49283).

1. Las **formas en que se puede ejercer la contradicción** son a través de:
 - i) Pruebas que versen sobre las teorías del caso que presente la fiscalía o la defensa.
 - ii) Las pruebas o sus resultados se cuestionan con los medios de impugnación de credibilidad.
 - iii) La impugnación probatoria puede hacerse con pruebas sobrevinientes.
 - iv) En algunos casos, la declaratoria de testigos hostiles es una manera para controvertir la credibilidad de un declarante.
 - v) El contrainterrogatorio es un instrumento idóneo para refutar los testimonios de la contraparte.
 - vi) Con el interrogatorio directo de que trata el artículo 391 del CPP, la misma parte que solicitó la prueba puede poner en tela de juicio la credibilidad de un testigo.
2. **No constituyen prueba de refutación** (acorde lo establecido en el art. 362 del CPP), sino materializaciones del principio de contradicción referido:
 - i) La refutación que autoriza el artículo 391 ídem a través del interrogatorio directo para demeritar “la credibilidad de otro declarante”.
 - ii) La refutación hecha con un testimonio convocado desde la fase probatoria, que corresponde a la controversia principal, se puede hacer preguntando directamente sobre “aspectos relativos a la credibilidad de otro declarante” (art. 391 del CPP). Esta situación es propia y exclusiva de la prueba testimonial, además de ser una facultad de quien la solicitó, quien hace los cuestionamientos con el interrogatorio. Estas características son notoriamente diferentes con las que identifican la prueba de refutación que ocupa la atención de la Sala (art. 362 ídem).
 - iii) No son pruebas de refutación las respuestas obtenidas en el contrainterrogatorio a través del cuestionario con el que se introducen los elementos requeridos para impugnar la credibilidad del testigo, ni el

control de la parte a su testigo que ofrece información que lleva a declararlo como hostil, ni aquella de cuya existencia solamente se tiene conocimiento en el juicio oral pero que tiene como fin exclusivo evitar un perjuicio a la justicia que debe administrarse en el proceso, o al derecho de defensa.

- iv) Tampoco podría considerarse como prueba de refutación las aclaraciones o adiciones del testimonio, cuando a ello haya lugar, por razón de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 393 del CPP, tal hipótesis pertenece al objeto de la prueba refutada.

3. La prueba refutada: se practica en el juicio oral a petición de una de las partes y es ofrecida, descubierta y solicitada en la fase probatoria ordinaria de la actuación procesal (Audiencia Preparatoria, a menos que sea sobreviniente y deba cumplirse ese rito en el juicio oral). Con ellas, cualquiera sea su naturaleza o especie, se buscan sustentar las pretensiones expresadas en la teoría del caso o en los descargos, por tanto, su objeto versa sobre aspectos principales de la controversia procesal, probatoria, jurídica y sobre los hechos objeto del juicio y que dieron lugar al adelantamiento de la causa penal.

4. La verdadera prueba de refutación: es un medio diferente al refutado y se dirige directamente a controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes, suministrados por los medios de conocimiento practicados en el juicio oral a petición de la contraparte para sustentar su pretensión.

Parte II

Doctrina probable: CSJ AP4787-2014, 20 ago. 2014, (rad. 43749); AP2215-2019, 05 jun. 2019, (rad. 55337) y SP2582-2019, 10 jul. 2019, (rad. 49283).

1. Primer requisito esencial para la admisión de la prueba de refutación: el objeto o finalidad de la prueba de refutación es impugnar otra prueba, precisamente la refutada, en consecuencia, la razón principal de aquella no es el tema probado que se debe resolver a través de una sentencia absolutoria o condenatoria, o mejor, con ella no se busca fundar la certeza del juez sobre los hechos y circunstancias del suceso criminal, el autor y su responsabilidad penal, **su propósito es contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad**, por tanto, la prueba de refutación no se extiende a materias diferentes a las señaladas.

Subreglas:

- i) Cuando se hace alusión a la **legalidad** como objeto de la prueba de refutación, se quiere significar aquellas situaciones en las que la parte no conoce un dato o elemento relacionado con ese aspecto, de tal forma que la regla de exclusión no es útil, sino a partir del momento en que se lleve la comprobación de la ilegalidad al proceso, con el susodicho medio de refutación que imposibilita el ingreso o la consideración de la prueba refutada.
- ii) La **mismidad, suficiencia, alcance, veracidad, autenticidad o integridad** como objeto de la refutación se explican en cuanto es posible con este último medio superar distorsiones puntuales suministradas por el elemento refutado o del órgano con el que se introduce, o también referencias mutiladas y con las cuales el operador judicial podría hacer una apreciación probatoria que no correspondería.

2. Segundo requisito esencial para la admisión de la prueba de refutación: el conocimiento del motivo que sustenta la prueba de refutación se debe generar en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte, pues si el supuesto es conocido o previsible antes de ese instante procesal otro será el medio para que se discuta esa situación en el proceso (interrogatorio, conainterrogatorio, prueba sobreviniente, impugnación de credibilidad, testigo hostil, o contradicción a través de otra prueba solicitada en la preparatoria).

3. Tercer requisito esencial para la admisión de la prueba de refutación: se justifica la prueba de refutación en la medida en que la situación novedosa no corresponda resolverse a través de otro medio de prueba diferente al de refutación examinado. Así pues, no debe olvidarse que las pruebas de refutación han de tener un sustrato de novedad respecto de su propósito, para que no terminen sustituyendo las que se propusieron por las partes en la fase ordinaria del proceso como demostrativas del objeto del juicio, ni tampoco puede aquella desplazar lo que debe hacerse conforme a su objeto específico a través de otros medios, con los que no se puede confundir la refutación examinada.

4. Cuarto requisito esencial para la admisión de la prueba de refutación (imprevisibilidad): siempre que sea dable anticipar razonablemente la evidencia o la premisa que debe ser cuestionada, es la Audiencia Preparatoria la oportunidad en la que debe ofrecerse y solicitarse la práctica de la prueba requerida, no siendo tales medios de refutación porque no son datos que aparezcan en el debate probatorio del juicio como consecuencia de la práctica de otra prueba. Además, no suministran supuestos desconocidos para ese acto procesal y en tales condiciones no tienen el carácter de novedosos.

5. Aspectos que permiten diferenciar la prueba de refutación de los restantes medios de conocimiento:

- i) La *novedad* (pues el motivo que la sustenta deberá generarse en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte).
- ii) El *objeto específico* (contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad).
- iii) El *momento procesal* en el que se conoce la prueba de refutación (el juicio oral).
- iv) Su *trascendencia* (que lo resuelto con la refutación no se solucione con las pruebas del proceso, ni con los juicios que para las últimas se hacen en su momento sobre admisibilidad o inadmisibilidad, pertinencia o impertinencia, utilidad o inutilidad, ni mucho menos con la mera crítica probatoria en los alegatos finales. Por lo tanto, esta prueba debe suministrar una premisa que resulte esencial en el análisis del contenido de la refutada, de tal manera que se ataca una situación trascendente para la apreciación del elemento cuestionado).

Parte III

Doctrina probable: CSJ AP4787- 2014, 20 ago. 2014, (rad. 43749); AP2215-2019, 05 jun. 2019, (rad. 55337) y SP2582-2019, 10 jul. 2019, (rad. 49283).

1. Eventos para los cuales NO está hecha la prueba de refutación:

- i) No es la prueba de refutación un instrumento para revivir oportunidades precluidas o para ofrecer evidencias que estuvieron a disposición de la parte en la fase preparatoria, ni para convertir el juicio en un escenario sin orden ni desnaturalizar sus fines, pues no se puede, mediante esta institución probatoria, cuestionar todo lo que quieran proponer las partes, lo cual va en contravía de la naturaleza del medio examinado.
- ii) Tampoco tiene como propósito único y exclusivo la refutación el facilitar a la parte la contradicción para desacreditar a un testigo en el interrogatorio cruzado o conainterrogatorio; este tema es el objeto propio de la prueba para impugnar credibilidad, en tanto que aquella no es un mero acto de oposición, es más que ello, dado que se ejerce a través de un medio que aporta conocimiento para refutar en los términos de artículo 362 del CPP.
- iii) No es la prueba de refutación el mecanismo idóneo para superar las deficiencias u omisiones de las partes en la fase investigativa o para complementar la labor previa a la preparación de la audiencia del juicio oral. Estas últimas se sustentan fundamentalmente en lo conocido o previsible al momento de su solicitud (Audiencia Preparatoria), en tanto que la prueba de refutación aparece con base en un suceso desconocido hasta el momento en que la prueba de la contraparte lo pone de presente en dicho debate.

2. **Efectos:** la refutación a que alude el artículo 362 del CPP es aquel medio que busca dejar sin validez, eficacia o mérito la prueba refutada, porque se ataca su veracidad, autenticidad o integridad. La prueba de refutación puede tener incidencia inmediata sobre la prueba refutada e influir en la apreciación individual del medio cuestionado, así como en el alcance de este con el conjunto probatorio incorporado al proceso para resolver las pretensiones de las partes.

3. Legitimación:

- i) La tienen el procesado y desde luego su defensor y el fiscal. Aunque no hay pautas jurídicas para radicar en cabeza de la defensa con exclusividad la prueba de refutación y en la fiscalía la contrarrefutación, ambas partes tienen la posibilidad de ofrecer tales evidencias, según obren bajo el supuesto de hecho que corresponda a la noción que se le ha asignado a cada uno de tales medios (refutación y contrarrefutación).
- ii) No pueden proponer la prueba de refutación: **a)** el Ministerio Público, porque la facultad de pedir pruebas la tiene únicamente en la Audiencia Preparatoria; **b)** las víctimas, estas no están autorizadas para formular una teoría del caso propia y la iniciativa en la materia tratada en esta providencia es de las partes, no de los intervinientes, y **c)** el juez, a este le está prohibida la actividad probatoria de oficio.
- iii) El derecho a solicitar prueba de refutación con base en el artículo 362 del CPP la tiene una parte respecto de una prueba de la contraparte, siempre y cuando a ello haya lugar por razón de la oportunidad y de los objetivos señalados para ese medio.

Parte IV

Doctrina probable: CSJ AP4787- 2014, 20 ago. 2014 (rad. 43749); AP2215-2019, 05 jun. 2019, (rad. 55337) y SP2582-2019, 10 jul. 2019, (rad. 49283).

1. Solicitud y descubrimiento:

- i) Como el motivo que justifica la prueba de refutación se conoce en el juicio oral, no es dable exigir que se descubra ni puede ofrecerse en oportunidades procesales anteriores a dicho debate.
- ii) La oportunidad procesal para advertir la necesidad de aducir prueba de refutación es el juicio oral, por ser este el momento en el que el aporte de información con la prueba practicada puede suministrar datos razonablemente no previsibles antes, lo que constituye uno de los requisitos esenciales que justifican la autorización de la citada prueba.

- iii) El ofrecimiento de la prueba de refutación señalada (juicio oral) no requiere protocolos especiales de descubrimiento, debe sí solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, si es procedente tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después que culmine la introducción del medio a contradecir.
- iv) Se deben identificar, de la prueba refutada, los factores indicativos de la prueba de refutación relacionados con la credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o probabilidad de aquella. El cotejo de estas integra la formación del conocimiento por parte del juez y el juicio que se hace conforme a las reglas de la crítica sana, sumándose a ello los efectos positivos de la inmediatez e intermediación, de ahí la importancia de tramitarse y ejecutarse inmediatamente lo atinente a dicho medio de excepción.
- v) Dadas las circunstancias del caso, y de no presentarse condiciones extraordinarias, si no se obra de la manera como se viene indicando, habría lugar al rechazo de la solicitud probatoria de refutación por extemporaneidad.

2. Criterios de admisibilidad:

- i) Los mismos de cualquier prueba: legalidad, licitud, pertinencia, conducencia y utilidad.
- ii) Adicionalmente, deberá cumplir con los **requisitos especiales** ya referidos de novedad, imprevisibilidad de la causa que genera su necesidad práctica, que su objeto sea el jurídicamente establecido, que se solicite en el momento procesal previsto para ello y que la petición tenga la trascendencia requerida.

3. Práctica: el orden de recepción de la prueba de refutación no es discrecional de las partes o del juez, el legislador lo estableció en el artículo 362 del CPP, de tal manera que, si la prueba refutada es de la fiscalía, deberá practicarse a continuación la refutación de la defensa, a fin de que el juez se forme de manera integral el juicio acerca de la prueba cuestionada y viceversa.

4. Contrarrefutación: existe la posibilidad que se presente la contrarrefutación mediante la cual se cuestiona la prueba de refutación, siempre que cumpla las exigencias que se han señalado para el medio de refutación.

5. Recursos: la providencia que resuelve sobre la prueba de refutación no es recurrible, más allá de la reposición.

Parte V

El excepcional uso de la prueba de refutación para *impugnar credibilidad*

Doctrina probable: CSJ AP4787- 2014, 20 ago. 2014, (rad. 43749); AP2215-2019, 05 jun. 2019, (rad. 55337) y SP2582-2019, 10 jul. 2019 (rad. 49283).

1. La excepción (AP2215-2019, 05 jun. 2019, [rad. 55337] y SP2582-2019, 10 jul. 2019, [rad. 49283]):

En el ámbito de la impugnación de la credibilidad de los testigos, ha precisado la Corte que la utilización de pruebas de refutación constituye una herramienta adicional, que opera excepcionalmente **cuando el testigo, en el contrainterrogatorio, persiste en un dato que el interrogador considera mendaz**, y la parte cuenta con evidencia relacionada directamente con el aspecto objeto de impugnación.

Ejemplo: si el testigo asegura que pudo presenciar los hechos y la parte pretende demostrar que para esa fecha estaba en una ciudad diferente, debe hacer uso del contrainterrogatorio, pues si el mismo es suficiente para acreditar ese aspecto, se hace innecesaria la introducción de “evidencia externa” acerca del mismo.

2. Procedimiento: cuando el testigo niega que ha sido contradictorio, la parte contra la que se aduce la prueba puede seguir el siguiente procedimiento:

- i) Si la declaración anterior está documentada, tiene la facultad de ponerle de presente la misma, para que se lea en voz alta solo el apartado pertinente. No se ingresa en su totalidad, se ha dicho, porque su uso solo se justifica para demostrar la contradicción o cualquier otro aspecto relevante para el estudio de la credibilidad (CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, [rad. 44.950]. En el mismo sentido: CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, [rad. 43.916]).
- ii) Si la declaración no ha sido documentada, o el testigo niega que el documento que se le pone de presente corresponde a lo que expresó por fuera del juicio oral, es posible que se requiera la incorporación de pruebas (**que en este caso tendrán el carácter de refutación**), para demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior.

CAPÍTULO V

ESTÁNDARES PARA EL USO Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

José María Peláez Mejía
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Harry Fernando Mora Mayorga
Asesor Legal
Departamento de Justicia - OPDAT

ELEMENTOS QUE CONVIERTEN LA EVIDENCIA EN PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: CSJ SP, 03 mar. 2008, (rad. 27477); SP, 06 jul. 2011, (rad. 35250); SP8611-2014, 02 jul. 2014, (rad. 34131); AP2770-2015, 25 may. 2015, (rad. 45578); AP5785-2015, 30 sept. 2015, (rad. 46153); SP 14844-2015, 28 oct. 2015, (rad. 44056) y SP 3332-2016, 16 mar. 2016, (rad. 43866).

1. Debe tratarse de una declaración; es decir, de:
 - i) Una aseveración (afirmación o negación de algo) oral o escrita, o
 - ii) Cualquier conducta no verbalizada de una persona, si su intención es que se tome como una aseveración.

2. Debe realizarse por fuera del juicio oral.

3. Debe versar sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir.

4. Debe existir un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que informa la declaración (testimonio, documento, etc.).

5. Debe referirse a uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate; esto es, debe ser pertinente.

6. Debe ser ofrecida para probar la verdad de lo aseverado lo cual se cumple **sí y solo sí:**
 - La evidencia se ofrece como medio de prueba para demostrar, o con la finalidad de probar, que lo afirmado o negado (es decir, aseverado) en la declaración es verdadero.

Por el contrario, **no se cumple** este requisito sí:

- La evidencia se ofrece como tema de prueba; esto es, únicamente para probar que la declaración existió.
- La evidencia se ofrece con simples fines de impugnación de credibilidad o para refrescar memoria.

CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA PRUEBA DE REFERENCIA QUE LA DISTINGUEN DE LAS DEMÁS PRUEBAS

Doctrina probable: CSJ SP, 03 mar. 2008, (rad. 27477); SP, 14 sep. 2009, (rad. 32050); SP, 28 ago. 2013, (rad. 41194); AP192-2014, 29 ene. 2014, (rad. 42873); AP5785-2015, 30 sept. 2015, (rad. 46153); SP14844-2015, 20 oct. 2015, (rad. 44056); SP12229-2016, 25 mar. 2016, (rad. 43916) y SP3332-2016, 16 mar. 2016, (rad. 43866).

1. Tiene la finalidad de incorporar al debate de juicio oral conocimientos personales ajenos a quien declara o aseveraciones que fueron realizadas antes del debate probatorio.

2. Impide tener la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, controlar la práctica del interrogatorio y estar cara a cara con los acusadores, vulnerando así el derecho a la confrontación.

3. Se utiliza para demostrar la verdad de lo aseverado; esto es, como medio de prueba y no como tema de prueba.

EJEMPLOS DE PRUEBA DE REFERENCIA

a) El testigo de oídas (SP, 23 ago. 2007, [rad. 28059]); **b)** las entrevistas (SP10986-2014, 20 ago. 2014, [rad. 41390]); **c)** los informes de policía o de investigación (SP6361-2014, 21 may. 2014, [rad. 42864]); **d)** las actas de reconocimiento en fila de personas (SP 10986-2014, 20 ago. 2014, [rad. 41390]); etc.

“MANIFESTACIONES” QUE NO CONSTITUYEN PRUEBA DE REFERENCIA

Fuente jurisprudencial: SP4900-2018, 14 nov. 2018 (rad. 47194).

Regla: no encajan en el concepto de declaración (como elemento estructural y esencial de la prueba de referencia) las manifestaciones que, en sí mismas, constituyan elementos estructurales de algún delito.

Precisiones sobre la regla

1. Son ejemplos en los cuales la manifestación constituye un elemento estructural del delito, y **no** una declaración:
 - i) Una amenaza, que, claramente, no es una declaración, sino un elemento estructural de los delitos de extorsión, constreñimiento ilegal, entre

otros. Debe ser incorporada al respectivo tema de prueba y, a la misma puede referirse cualquier testigo que la haya presenciado “directa y personalmente” (art. 402 del CPP).

- ii) En el mismo sentido, la petición ilegal que hace el servidor público, en delitos como la concusión y el cohecho propio, no es una declaración, pero es, sin duda, un elemento estructural de estos punibles, razón suficiente para que sean incorporados al tema de prueba. (Ver: CSJAP, 30 sep. 2015, [rad. 46153]; CSJAP, 08 mar. 2018, [rad. 51882]; entre otras).

2. Adicionalmente, en estos casos, quien emite la *manifestación* es el propio autor del delito y, en consecuencia, la persona que la presenció podrá testificar sobre ella sin que constituya prueba de referencia. Además de **no** ser una declaración en el sentido del artículo 437 del CPP, quedaría a salvo el derecho de confrontación, dado que quien la emitió fue el propio procesado. De igual modo, lo narrado **sí** haría parte del tema de prueba en sí mismo, **no** siendo un simple *medio de prueba* por constituirse, justamente, tal manifestación en un elemento estructural del delito.

Ejemplo: el caso que resolvió la Corte Suprema de Justicia fue de concusión y allí se pudo verificar que las manifestaciones quedaron vertidas en un documento (grabación), que desapareció del almacén de evidencias de la fiscalía. Antes de desaparecer, varias personas tuvieron acceso directo a ese documento; uno de ellos declara básicamente que se escucha a dos personas que se identifican como X y Y, que dialogaban sobre procesos que se llevaban en la fiscalía, una de las cuales menciona que: “ha ocultado o enviado a otro lugar algunos de esos procesos para favorecer al implicado en la investigación y que de igual manera puede ayudar al sujeto con quien está hablando, siempre que le reconozca un dinero”. Esto es, los testigos no se enteraron de su existencia y contenido por lo que otros les contaron (evento en el cual podrían existir verdaderos debates sobre prueba de referencia), sino porque pudieron escuchar y analizar la grabación.

En este orden de ideas, no existe un genuino debate sobre prueba de referencia, porque la fiscalía no incorporó como medio de prueba una declaración rendida por fuera del juicio oral, con el propósito de demostrar un aspecto relevante de la controversia (lo anterior dado que, principalmente, se trató de unas manifestaciones no declarativas, que correspondían a un elemento estructural del delito objeto de acusación).

Visto de otra manera, no se avizora la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, frente a la cual la defensa no haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, en sus diferentes facetas. Si bien es cierto que la fiscalía estaba en la obligación de presentar el original, según las reglas de mejor

evidencia (arts. 433 del CPP y siguientes), también es verdad que el documento original se extravió y, por lo tanto, en virtud del artículo 434 del CPP, era posible demostrar con otras pruebas su existencia y el contenido.

ELEMENTOS DEL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN

Doctrina probable: AP5785-2015, 30 sept. 2015, (rad. 46153); SP14844-2015, 20 oct. 2015, (rad. 44056) y SP12229-2016, 25 mar. 2016 (rad. 43916).

1. Tener la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.
2. Controlar la práctica del interrogatorio.
3. Estar cara a cara con los testigos de cargo.
4. Lograr la comparecencia de testigos que puedan “arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”.

LAS MANIFESTACIONES ANTERIORES DEL PROCESADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE CONFRONTACIÓN

Doctrina probable: CSJ AP5250-2018, 05 dic. 2018, (rad. 53404); SP2523-2018, 27 jun. 2018, rad. (46814); AP, 30 sep. 2015, (rad. 46153); SP, 16 mar. 2016, (rad. 43866) y SP, 25 ene. 2017, (rad. 44950).

Regla general: las manifestaciones anteriores realizadas por el indiciado o procesado, dadas a conocer en el juicio a través de algún medio de prueba —verbigracia, del testigo que escuchó o presencié dicha aserción del acusado— no constituyen prueba de referencia.

Argumento o razones que soportan la regla

1. Porque no contraen la violación del principio de confrontación (CSJ SP2523-2018, [rad. 46814]).
2. La regla general de inadmisibilidad de las declaraciones surtidas fuera del proceso, se sustenta en la necesidad de confrontar al deponente con la parte en contra de la cual se aporta el testimonio, con el fin de satisfacer los derechos de confrontación y contradicción, pues mediante el ejercicio de estas garantías pueden aflorar posibles defectos de la declaración, originados en el lenguaje (ambigüedades, lapsus, malentendidos), o en la percepción,

memoria o falta de sinceridad del testigo (CSJ AP 30 sep. 2015, [rad. 46153]. Postura reiterada en SP 16 mar. 2016, [rad. 43866]; SP 25 en. 2017, [rad. 44950], entre otras).

3. Sin embargo, será indispensable cumplir con los estándares del artículo 33 de la Constitución Política, lo cual implica:
 - i) Que el procesado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo.
 - ii) Que (por lo tanto) las manifestaciones del procesado realizadas ante terceros, para que sean válidas cuando sean llevadas al juicio por quienes las escucharon de manera directa, deberán ser expresadas de manera libre y voluntaria. (CSJ AP3445-2014, [rad. 43746]).

¿ES POSIBLE VALORAR EL SILENCIO DEL PROCESADO CUANDO ES APREHENDIDO Y UTILIZADO EN SU CONTRA?

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional, sentencia C- 799 de 2005 y CSJ SP028-2019, 23 ene. 2019, (rad. 52249).

Regla: en cuanto a la posibilidad de valorar el silencio del procesado por parte del juzgador cuando sea relatado en juicio por los agentes captores, que hayan realizado la aprehensión del acusado, deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas para su validez¹⁹ :

1. Quien testifique debe haber presenciado de forma directa el silencio del procesado, porque, de lo contrario, se trataría de un testimonio de referencia.
2. Es requisito indispensable, para valorar el silencio del procesado —incluso en su contra— que:
 - i) por intermedio de su defensa técnica, se ofrezca su testimonio como prueba;
 - ii) luego de que el acusado, de manera libre, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de su defensor, decida declarar en su propio juicio y responder todos los cuestionamientos que se le hagan en el examen cruzado (CSJ AP6357-2015, 12 nov. 2015, [rad. 41198]), y
 - iii) el mismo, como titular del artículo 33 de la Constitución Política, decida ventilar el tema del silencio ante la judicatura.

¹⁹ De tal forma que no se vulneren las reglas del artículo 33 de la Constitución Política; Corte Constitucional, sentencia C- 799 de 2005 y CSJ SP028-2019, 23 ene. 2019, [rad. 52249].

¿LA DECLARACIÓN DEL PERITO CONSTITUYE UNA PRUEBA DE REFERENCIA?

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637); SP4179-2018, 26 sep. 2018, (rad. 47789) y SP358-2020, 12 feb. 2020 (rad. 53127).

Regla general: si la declaración del perito psicólogo se circunscribe a repetir lo narrado por las víctimas u otras personas examinadas, su dicho será de referencia, el cual será admisible únicamente si se demuestran las causales previstas en el artículo 438 del CPP.

Precisiones de aplicación de la regla

1. Si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, [rad. 46153]).

2. Si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física.

3. A la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

4. El **perito** será **testigo directo** de los siguientes aspectos:
 - i) Si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon.
 - ii) Si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base *técnico-científica* suficientemente decantada.

- iii) En el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.

5. Cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, debe precisar cuáles son los datos adicionales que se demostrarán con el experto, bien porque los haya percibido *directa y personalmente* porque puedan acreditarse con su opinión.

RAZONES POR LAS CUALES LAS DECLARACIONES RENDIDAS POR LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 1652 DE 2013, SÍ CONSTITUYEN PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: CSJ SP3332-2016, 16 mar. 2016, (rad. 43866); SP 9508-2016, 13 jul. 2016, (rad. 47124) y SP358-2020, 12 feb. 2020, (rad. 53127).

1. Se tratan de declaraciones, de claro contenido incriminatorio, que, además, se reciben con la vocación de ser utilizadas en la actuación penal.
2. El carácter testimonial no se afecta por el hecho de que se le denomine elemento material probatorio, para efectos de su regulación en la fase de investigación.
3. Son declaraciones realizadas por fuera del juicio oral.
4. Se presentan en el juicio oral como medio de prueba.
5. Pueden impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, especialmente en lo concerniente al control del interrogatorio y la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo.
6. Los anteriores aspectos no dependen de la edad del testigo, sin perjuicio de las medidas que deben tomarse para proteger a los niños y otras personas especialmente vulnerables.

En síntesis, la Sala ha venido insistiendo en precisar: **i)** que los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y **ii)** que, si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE PRUEBAS PRACTICADAS EN OTROS PROCESOS JUDICIALES

Fuente jurisprudencial: AP5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153).

Regla general: lo sucedido en otras actuaciones procesales, entre ellas la intervención de las partes y las pruebas allí practicadas, no hace parte del tema de prueba ni son admisibles como medio de prueba en otro proceso.

- **Razón jurídica:** en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 no opera la figura de la prueba trasladada.

Excepción: si en algún momento se llegara a considerar que la intervención de una parte o la intervención del juez en otro proceso pueden constituir delito o falta disciplinaria, será en el proceso que se inicie, a raíz de esa situación, donde la intervención o la decisión pueda considerarse tema de prueba.

Forma de utilizar medios de prueba practicados en otros trámites. Se deben agotar los trámites atinentes al debido proceso probatorio, lo cual implica:

- i) Solicitarlos como prueba, para que su contraparte tenga la posibilidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación.
- ii) Que si se trata de una prueba testimonial, y el testigo no puede ser ubicado, falleció o se encuentra en alguno de los presupuestos del artículo 438 del CPP, debe sustentar la causal excepcional de admisión de prueba de referencia.
- iii) Que si pretende aducir como prueba un documento (o una evidencia física) utilizado con el mismo fin en un proceso diferente, debe cumplir con el deber de autenticarlos. Lo anterior sin perjuicio de la obligación de cumplir todos los requisitos generales para la admisión de la prueba: descubrimiento, solicitud de decreto a partir de la explicación clara y concisa de la pertinencia, etcétera.

LA DISTINCIÓN ENTRE *TEMA DE PRUEBA* Y *MEDIO DE PRUEBA* COMO CRITERIO CLAVE PARA DETERMINAR CUÁNDO UNA DECLARACIÓN ES PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: CSJ SP2447-2018, 27 jun. 2018, (rad. 51467) y SP, 30 Sep. 2015, (rad. 46153).

1. Se entiende que el **tema de prueba** está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y **medio de prueba** es el que se utiliza para hacer dicha demostración.

2. Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del **tema de prueba**. Ello es palmario en los delitos que solo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa autoincriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

3. La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injuriantes pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

4. En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injuriantes, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración.

5. Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia, porque, **cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente**. Lo fundamental es que en estos casos no se afecta el derecho a la confrontación porque, a manera de ejemplo, la contraparte podrá utilizar todos los medios de impugnación frente al testigo que tuvo conocimiento «personal y directo» de aquello que constituye objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriantes, etcétera.

6. Lo anterior sin perjuicio de que en casos donde la declaración anterior haga parte del tema de prueba, los medios utilizados para la demostración de su existencia y contenido puedan constituir prueba de referencia. Así, por ejemplo, si en un caso de injuria la fiscalía presenta a un testigo que no escuchó directa y personalmente las frases injuriantes, pero tuvo conocimiento de las mismas por lo que otra persona le contó, se presenta un problema de prueba de referencia. Por un lado, se trata de una declaración anterior al juicio oral, que se está ofreciendo como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible. Por otro lado, la defensa tendría derecho a ejercer la confrontación frente al testigo que dice haber presenciado los hechos; posibilidad que le sería truncada si su versión es llevada a juicio a través del testigo que escuchó el relato, pero que no presenció el hecho jurídicamente relevante.

7. En la práctica suele suceder que, cuando una parte le pregunta a un testigo sobre lo que le escuchó decir a una persona por fuera del juicio oral, se levanta la objeción por prueba de referencia. Según vimos, la decisión dependerá en buena medida de si la declaración anterior constituye objeto específico de prueba o medio de prueba, pues si el testigo en juicio escuchó la injuria y lo que se está probando en el juicio es el supuesto atentado contra la integridad moral, podrá exponer todo aquello que escuchó de manera personal y directa, y la defensa tendrá todas las posibilidades de impugnarlo.
-
8. Es común que muchas manifestaciones anteriores al juicio hagan parte del tema de prueba y, por ello, cualquier persona que las haya escuchado directamente puede ser citado en calidad de testigo: la amenaza durante un hurto calificado por la violencia moral, las frases utilizadas por el estafador para hacer incurrir en error a su víctima, los escritos a través de los cuales se presiona a las víctimas en los casos de extorsión o constreñimiento ilegal, entre otros. La existencia y contenido de este tipo de manifestaciones también podría probarse mediante prueba documental o pericial. Igual sucede cuando la manifestación anterior de una persona puede tenerse como hecho indicador de su estado de ánimo, del móvil para realizar una determinada conducta o de cualquier otro aspecto relevante para la establecer la responsabilidad penal.

SÍNTESIS DE LAS REGLAS GENERALES EN TORNO A LA PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: CSJ SP2447-2018, 27 jun. 2018, (rad. 51467); SP, 06 dic. 2017, (rad. 49915); SP, 25 oct. 2017, (rad. 44819) y CSJSP, 30 sep. 2015, (rad. 46153).

1. La prueba de referencia se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se pretenden llevar a este escenario como medio de prueba.
-
2. Debe diferenciarse la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios utilizados para demostrar su existencia y contenido.
-
3. El hecho de que una declaración esté contenida en un documento no afecta su carácter testimonial.
-
4. Un importante parámetro, para establecer si se trata o no de prueba de referencia, es analizar si la incorporación de un documento que contenga declaraciones rendidas por fuera del juicio oral afecta el derecho a la

confrontación, especialmente la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas propias del conainterrogatorio (CSJSP, 30 sep. 2015, [rad. 46153]).

5. Además de sus implicaciones frente al derecho a la confrontación, debe considerarse que, por regla general, **la declaración del testigo en el juicio oral constituye mejor evidencia que sus manifestaciones previas**, entre otras cosas, porque pueden existir dudas sobre su contenido, el contexto en el que fueron hechas, etcétera, sin perjuicio de que el interrogatorio cruzado y la impugnación de credibilidad sean importantes herramientas para decantar el contenido de los testimonios y la verosimilitud de los mismos.

REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: CSJ SP14844-2015, 28 oct. 2015, (rad. 44056); SP, 18 may. 2011, (rad. 33651); CSJ SP, 10 mar. 2010, (rad. 32868); CSJ SP, 19 ago. 2009, (rad. 31959); CSJ SP, 30 mar. 2006, (rad. 24468); CSJ SP, 28 oct. 2015, (rad. 44056) y CSJ SP, 16 mar. 2016, (rad. 43866).

1. Realizar el **descubrimiento** probatorio en los términos previstos por el legislador, así pues:
 - i) El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba.
 - ii) Se debe descubrir: **a)** la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y **b)** los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.
2. **Solicitar** que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad.
3. **Demstrar** la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia, lo cual implica:
 - i) Probar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera, de acuerdo con el artículo 438 del CPP.

- ii) Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 del CPP.
- iii) Si, para el momento de la Audiencia Preparatoria, la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio.
- iv) Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la Audiencia Preparatoria no ha variado.

4. Explicitar cuáles **medios de prueba** utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral.

5. **Incorporar** la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio de acuerdo con las reglas técnicas de incorporación que existen para el medio escogido (documental, físico o testimonial).

REGLAS PARA LA ADMISIÓN DE UNA PRUEBA DE REFERENCIA POR PRESENTARSE UN EVENTO SIMILAR

Corte Constitucional, sentencia C-144 de 2010, 03 mar. 2010.

Doctrina probable: SP 10986-2014, 20 ago. 2014, (rad. 41390); SP, 19 feb.2009, (rad. 30598); SP, 14 dic. 2011, (rad. 34703); SP, 18 abr. 2012, (rad. 38051) y SP,27 feb. 2013, (rad. 38773).

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

Situaciones que cobijan eventos similares (C-144 de 2010):

- i) Eventos en los cuales el declarante no está disponible.
- ii) Eventos en los cuales la indisponibilidad surge de una fuerza mayor.

Ejemplos jurisprudenciales de eventos similares aceptados por la Corte Suprema de Justicia:

- i) Amenazas de muerte en contra de algún testigo o su familia (CSJ SP, 19 feb. 2009, [rad. 30598]).
- ii) Desaparición del testigo voluntariamente, por diversas razones, o porque sale del país y se desconoce su paradero (CSJ SP, 22 jul. 2009; [rad. 31614]; SP, 21 sep. 2011, [rad. 36023]).
- iii) Imposibilidad de localización del testigo, aun al agotar los medios posibles y razonables para ello (CSJ SP, 06 mar. 2008, [rad. 27477]).
- iv) Padres que no permiten que el niño, niña o adolescente asista a los estrados judiciales a declarar (CSJ SP, 17 sep. 2008, [rad. 29609]).

No está cobijada por la causal excepcional de admisión: acogerse al privilegio del artículo 33 de la Constitución Política (CSJ 17 mar. 2010, [rad. 32829]).

USO DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO ORAL

Doctrina probable: SP606-2017, 25 ene. 2017, (rad. 44950); SP880-2017, 30 ene. 2017, (rad. 42656) y AP7131-2017, 25 oct. 2017, (rad. 50876).

Para facilitar el interrogatorio, se pueden emplear dos métodos:

- i) Refrescar memoria.
- ii) Impugnar credibilidad.

Regla: en estos casos, la declaración anterior **no se incorpora** como prueba.

Como medio de prueba también de dos formas:

- i) Como prueba de referencia, siempre y cuando sea admisible.
- ii) Mediante el proceso de incorporación de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (retractación). Esto es lo que se denomina el testigo adjunto.

PROCEDIMIENTO PARA REFRESCAR MEMORIA

Fuente jurisprudencial: SP606-2017, 25 ene 2017, (rad. 44950) y SP880-2017, 30 ene. 2017, (rad. 42656).

1. Debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (art. 402 del CPP).

2. A través del interrogatorio, debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (art. 392 del CPP).

3. Una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su recordación, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem).

4. La necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la Audiencia Preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

PROCEDIMIENTO PARA IMPUGNAR CREDIBILIDAD

Doctrina probable: SP 12229-2016, 31 ago. 2016, (rad. 43916); SP606-2017, 25 ene. 2017, (rad. 44950) y SP880-2017, 30 ene. 2017, (rad. 42656).

1. Se debe, a través del conainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación).

2. Se debe dar la oportunidad al testigo que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior).

3. Si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso.

4. La incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.

5. El uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la Audiencia Preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio, y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACIÓN DE DECLARACIONES INCONSISTENTES (RETRACTACIÓN)

Doctrina probable: CSJ SP, 09 nov. 2006, (rad. 25738); SP606-2017, 25 ene. 2017, (rad. 44950) y SP880-2017, 30 ene. 2017, (rad. 42656).

1. La declaración anterior debe ser inconsistente con lo declarado en juicio, lo cual implica que la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se **haya retractado o cambiado la versión**.

2. La parte contra la que se aduce el testimonio debe tener la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio, razón por la cual es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación.

3. La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, este tendrá ante sí las dos versiones:
 - i) La rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y
 - ii) La entregada en este escenario.

4. La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES INCONSISTENTES

Fuente jurisprudencial: SP606-2017, 25 ene. 2017, (rad. 44950) y SP377-2018, 21 feb. 2018, (rad. 48959).

1. No puede asumirse *a priori* que la primera o la última versión merece especial credibilidad, bajo el único criterio del factor temporal.

2. El juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad.

3. Ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente porqué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u optar por negarles poder suasorio a todas.

4. Ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos, sino con la explicación del raciocinio que lleva

al juez a tomar la decisión, pues solo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos.

5. La parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que este pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo.
6. La prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones, entre otros aspectos.

UTILIZACIÓN EN JUICIO DE LOS RECONOCIMIENTOS FOTOGRAFÍCOS Y EN FILA DE PERSONAS

Fuente jurisprudencial: CSJ SP4107-2016, 06 abr. 2016 (rad. 46847) y SP, 29 ago.2007, (rad. 26276).

Definición: los reconocimientos fotográficos y en fila de personas son un método de investigación, según se desprende del capítulo 4.º, título 1.º, del libro 2.º del Código Penal, NO un medio de prueba, ni una prueba.

Reglas

1. La apreciación y el poder demostrativo del reconocimiento fotográfico o videográfico no son aspectos que se determinen si el acta, o documento que recoge la ocurrencia de tal acto investigativo, es introducida al juicio; lo es si los testigos dan cuenta de la ocurrencia de un señalamiento en esa forma, afirmación que entra a formar parte integral de la prueba testimonial.
2. Un señalamiento incriminatorio no depende del reconocimiento que, por medio de fotografías, videos o en fila de personas, se hubiere adelantado previamente, puesto que aquél se puede dar sin que en la investigación hubiere sido necesario acudir a los métodos de identificación.
3. El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular. De manera que, en el escenario del proceso adversarial, corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta, supuesto que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.

4. De ese modo, se tiene que el valor de los elementos de identificación y su capacidad persuasiva se descubren en el testimonio de la persona, por medio de la cual se traen al juicio. Este último se rige por las reglas del interrogatorio cruzado y se valora según los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

REGLAS PARA LA INCORPORACIÓN EXCEPCIONAL DE LAS ACTAS DE RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO Y EN FILA DE PERSONAS

Doctrina probable: CSJ SP4107-2016, 06 abr. 2016 (rad. 46847); SP10986-2014, 20 ago. 2014, (rad. 41390); SP, 03 mar. 2008, (rad. 27477); SP, 27 feb. 2013, (rad. 38773) y SP, 09 oct. 2013, (rad. 36518).

1. **Regla general:** las actas de reconocimiento en filas de personas y fotográficos NO deben ser incorporadas en juicio y su utilización se restringe tan solo a la impugnación de la credibilidad de testigos o eventualmente para refrescar su memoria. Igual ocurre con las entrevistas o declaraciones juradas tomadas en desarrollo de tal diligencia y los informes de Policía Judicial realización con ocasión de dichos métodos de identificación.

2. **Procedimiento para darle a conocer al juez la información acerca de que un testigo X reconoció fotográficamente o en fila de personas al procesado Y:** al juicio debe comparecer personalmente la víctima o el testigo que llevó a cabo el reconocimiento, a fin de que ratifique o rectifique el señalamiento y la identificación practicada en la investigación, salvo el caso que el reconocimiento se pretenda hacer valer como prueba de referencia a términos de los artículos 437 y siguientes del Estatuto Procesal Penal.

3. **Excepción:** los reconocimientos excepcionalmente pueden incorporarse a través de quien realiza el señalamiento o del funcionario que practica el reconocimiento. Sin embargo, las implicaciones jurídicas son diferentes en uno u otro caso:
 - i) En el primero, como el reconocente rinde testimonio ante el juez de la causa y puede, por ende, ser contrainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó al acusado como quien participó en la ejecución del punible. La prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio.
 - ii) Si, en cambio, el reconocimiento se introduce a través del funcionario que lo practicó la prueba no pierde su carácter de referencia. Por lo tanto, tendrá que satisfacer, para su admisión, las reglas previstas especialmente para la **prueba de referencia**.

REGLAS PARTICULARES RESPECTO A LOS INFORMES DE POLICÍA JUDICIAL Y SIMILARES

Doctrina probable: CSJ SP19617-2017, 23 nov. 2017, (rad. 45899); AP 948-2018, 07 mar. 2018, (rad. 51882) y SP1967-2019, 05 jun. 2019, (rad. 54227).

Características

Los informes de Policía:

1. Contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos.
2. Pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible.
3. Su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 –literal k– de la Ley 906 de 2004.
4. Además de sus propias versiones, es común que, en los informes, estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

Consecuencias y usos

Los informes de Policía y cualquier declaración documentada pueden utilizarse:

1. Para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad.
2. Como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004.
3. Como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión si se cumplen los 4 requisitos jurisprudenciales señalados para tales efectos en la esquematización de dicho estándar.

Síntesis de las reglas que regulan la aplicación de los informes

1. Los informes de Policía Judicial no son, en sí mismos, documentos que puedan ingresar a juicio solo con soportar su pertinencia.

2. Es posible que los informes de Policía Judicial contengan información directamente percibida por quienes los signan. Pero en este caso, para permitir la confrontación, es necesario que los funcionarios acudan al juicio oral a dar a conocer eso que percibieron de primera mano.

3. Igual sucede con las entrevistas o información que de terceros recibe el funcionario de Policía Judicial, plasmados en el informe, que obligan la presencia de la fuente en el juicio, a excepción de los casos de prueba de referencia debidamente certificados y aceptados por el juez.

4. El informe de Policía Judicial puede utilizarse en el juicio para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad. En el primer caso, no ingresa ningún apartado del mismo; en el segundo, solo los aspectos objeto de impugnación.

5. Los anexos documentales, que se insertan a los informes de Policía Judicial, no se integran con estos. Si busca hacerse valer los mismos, es necesario que se cumplan los presupuestos procesales establecidos para cualquier tipo de prueba, entre otros, efectuar el descubrimiento previo a la contraparte, presentar la solicitud oportunamente en la Audiencia Preparatoria y, allí mismo, explicar su pertinencia.

6. Dependiendo del objeto que se pretende cubrir con la evidencia, opera su autenticación, la cual es referida a la demostración de que el elemento es lo que la parte dice que es.

LOS ANÓNIMOS Y LA PRUEBA DE REFERENCIA

Doctrina probable: SP2582-2019, 10 jul. 2019 (rad. 49283); SP-5798-2016, 04 may. 2016, (rad. 41667) y SP, 06 mar. 2008, (rad. 27477).

- En la medida en que la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, la Corte también ha dejado sentado que las “declaraciones anónimas” no son admisibles como prueba de referencia.

- Dicha prohibición se desprende del contenido del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, que define el documento anónimo y regula su eficacia probatoria, donde expresamente se proscribe su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido.

- Por lo tanto, a riesgo de ser considerada anónima y, con ello, de imposible admisión como medio de prueba, la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia.
-
- La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir incluso de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta (lenguaje no verbal) (CSJ SP, 06 mar. 2008, [rad. 27477]).
En el mismo sentido: CSJ SP-5798-2016, 04 may. 2016, [rad. 41667].
-
- También conviene precisar que la declaración, que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que, a través de la prueba de referencia, se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

GUÍA ESTRATÉGICA ASOCIADA A LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA EL TRÁMITE DE SOLICITUD E INGRESO DE LAS PRUEBAS EN EL JUICIO, ACORDE CON EL OBJETO ESPECÍFICO DE LAS MISMAS

Fuente jurisprudencial: CSJ SP, 31 ago. 2016, (rad. 43916) y SP1967-2019, 05 jun. 2019, (rad. 54227)

1. La parte corre con la carga de identificar y demostrar los diferentes aspectos que hacen pertinente la evidencia.
-
2. Para tales efectos, debe identificar los testigos que tienen conocimiento personal y directo (art. 402 del CPP) de cada uno de esos aspectos.

Ejemplo: así pues, el investigador puede atestiguar que la huella dactilar se halló en la escena del crimen y que las impresiones dactilares fueron tomadas del acusado para efectos del cotejo, y el perito en dactiloscopia podrá dar fe de que corresponden a la misma persona. Por el contrario, si se lleva solo a un testigo para que hable de “todo” tendríamos un problema de **prueba de referencia inadmisibile**, dado que NO tendría conocimiento personal de cada aspecto. Por lo tanto, si en el juicio oral solo declara el perito en dactiloscopia,

lo único que se habrá acreditado es que dos huellas dactilares corresponden a una misma persona, pero el experto no podrá dar fe, por ejemplo, de que una de ellas fue hallada en la escena del crimen, simple y llanamente porque ello no le consta y si lo hablara sería una **prueba de referencia en principio inadmisibles**.

En el mismo sentido, si un policial le halla al acusado un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si solo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.

3. No obstante, es posible que las partes estipulen uno, varios o todos los aspectos que determinan la pertinencia de una evidencia física.

Ejemplo: puede estipularse que el arma: es idónea para disparar, que le fue hallada al procesado, o ambas cosas; que la muestra examinada corresponde a sangre del acusado, que fue encontrada en la camisa de este; que las huellas dactilares estudiadas corresponden al acusado, que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera.

4. Adicionalmente, debe tenerse claro que la forma de obtención de las evidencias físicas incide en el proceso de autenticación de las mismas.

Ejemplo: si los elementos físicos fueron hallados por el investigador en la escena del crimen, este podrá declarar sobre el hallazgo, por tener conocimiento “personal y directo”, en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004; pero si el elemento fue encontrado por un particular (sin que ese hallazgo haya sido presenciado por el investigador), aquel será el testigo de esa situación en particular y en este aspecto no podrá ser reemplazado por este, a no ser que se acredite una causal de admisión de prueba de referencia, en los términos del artículo 438 ídem. **Pero, también** es posible que se requieran estudios especializados para establecer lo que la evidencia es. Esto, obviamente, incide en el proceso de autenticación, porque una cosa es demostrar que una sustancia se halló en el sitio de los hechos, otra probar que es sangre, etcétera.

5. La determinación de los factores que inciden en la pertinencia de la evidencia física no solo se logra a través de estudios especializados. Por ejemplo, es posible que la madre de la víctima tenga bases suficientes para declarar que las prendas de vestir halladas en la residencia del acusado le pertenecían a su hijo. En todo caso, debe verificarse que el testigo tiene fundamentos para asegurar que la evidencia es lo que se está asegurando.

EL SIGNIFICADO DE LA TARIFA LEGAL NEGATIVA DEL ARTÍCULO 381 DEL CPP: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”

Doctrina probable: SP3998-2019, 17 sep. 2019, (rad. 46310); SP2582-2019, 10 jul. 2019, (rad. 49283) y CSJ SP2447-2018, 27 jun. 2018, (rad. 51467).

- Esta regla equivale a decir que una prueba de esa naturaleza debe estar rodeada de otras evidencias que soporten la demostración del delito y la responsabilidad que por su comisión se imputa al procesado, en otros términos, la prueba de referencia sí puede servir de sustento a una sentencia de condena, en tanto concurren otros medios de conocimiento que la respalden.
- Por lo tanto, la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera que sea su número de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que, para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.
- La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, (sentencias 21 feb. 2007 y 06 mar. 2008, radicados 25920 y 27477 respectivamente y auto del 14 sep. 2009, radicado 32050).
- Respecto de la prueba que debe acompañar a la de referencia como garantía para el procesado, para que la decisión condenatoria se estime válida, la Corte ha sostenido que la misma puede tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos trascendentes para el objeto del proceso o corrobore los que por el camino de la prueba de referencia ya existen.
- Igualmente, en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del inciso 2.º del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es por ello que, en ese propósito, la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381 del CPP, puede ser directa o de carácter inferencial (SP-2582 de 2019, [rad. 49283]).

CARGOS Y CAUSALES DE CASACIÓN APLICABLES POR YERROS EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA O EN SU VALORACIÓN

Fuente jurisprudencial: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920) y AP653-2016, 10 feb. 2016, (rad. 41322).

CAUSAL APLICABLE

Artículo 181. Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia

CARGOS POSIBLES

I. ERRORES DE HECHO

<p>1. Falso juicio de existencia</p>	<p>Surge cuando el fallador ignora, desconoce u omite el reconocimiento de la presencia de una prueba de referencia admitida y procesalmente válida (falta de apreciación de la prueba), o cuando supone o imagina un hecho porque cree que una prueba de referencia se admitió y obra en el proceso, es decir, cuando reconoce un hecho carente de demostración (falsa apreciación de la prueba).</p>
<p>2. Falso juicio de identidad</p>	<p>Se configura cuando el sentenciador distorsiona el sentido objetivo de la prueba de referencia admitida, ya sea porque lo cercena, lo adiciona, o bien lo tergiversa, con la secuela de que por tal manejo se le hace producir efectos que no se desprenden de su real contenido. Dicho de otra forma, se le hace decir lo que aquel no dice.</p> <p>Así pues, surge si el juez tergiversa, distorsiona, desdibuja o desfigura el hecho que revela la prueba de referencia admitida, con lo cual se da a esta un alcance objetivo que no tiene, ya sea porque se le quita una parte al hecho, se le agrega algo o se lo sectoriza, parcela o divide.</p>
<p>3. Falso raciocinio</p>	<p>Se presenta cuando el juzgador, al valorar el mérito de la prueba de referencia que se admitió, o al realizar inferencias lógicas de carácter probatorio, desconoce las reglas de la sana crítica, debiéndose entender por tales, los principios de la lógica, las máximas de experiencia, o los postulados de la ciencia que deben gobernar en cada caso el discurso argumentativo para que sea formal y materialmente correcto.</p>

II. ERRORES DE DERECHO	
1. Falso juicio de convicción	<p>Se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción si se niega a una prueba de referencia admisible el valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder un poder suasorio distinto al que la ley le otorga; como, por ejemplo, cuando se condena una persona sustentando la misma exclusivamente en prueba de referencia.</p> <p>En tal hipótesis, el juzgador parte del supuesto que la prueba de referencia fue debidamente incorporada al proceso, pero se equivoca al valorarla frente a la tasación de su mérito persuasivo o en la determinación de su eficacia jurídica, ambas características señaladas de antemano por la ley.</p>
2. Falso juicio de legalidad	<p>Este error gira alrededor de la validez jurídica de la prueba de referencia, o lo que es igual, de su existencia jurídica, y suele manifestarse de dos maneras: a) cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba de referencia, le otorga validez jurídica porque considera que cumple las exigencias formales para su admisión, producción e incorporación, sin llenarlas (aspecto positivo), y b) cuando se la niega, porque considera que no era admisible, a pesar de que sí lo era (aspecto negativo).</p>

CAPÍTULO VI

ESTÁNDARES PARA EL USO Y LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

José María Peláez Mejía
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

ELEMENTOS QUE COMPONEN LA PRUEBA PERICIAL

1. Esencialmente la prueba pericial es únicamente lo declarado por el perito en audiencia de juicio oral, ya que el informe solo sirve para refrescar memoria o impugnar credibilidad (**Doctrina probable:** CSJ SP, 21 feb. 2007, [rad. 25920]; SP, 20 feb. 2008, [rad. 28862]; SP, 17 sept. 2008, [rad. 30214]; SP, 17 jun. 2009, [rad. 31475]; SP, 19 ago. 2009, [rad.31950]; SP, 21 sept. 2011, [rad. 36827] y AP4398-2014, 30 jul. 2014, [rad. 37697]).

2. En consecuencia, las críticas de valoración y legalidad deben ir dirigidas contra la prueba pericial y NO contra el informe escrito del perito (**Doctrina probable:** CSJ SP, 21 feb. 2007, [rad. 25920]; SP, 17 sept. 2008, [rad. 29609]; SP, 17 sep. 2008, [rad. 30214]; SP, 17 jun. 2009, [rad. 31475]; SP, 19 ago. 2009, [rad. 31950]; SP, 14 sep. 2009, [rad. 31981] y SP, 21 sep. 2011, [rad. 36827]).

3. Lo anterior, por cuanto “esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales” (CSJ SP, 17 sept. 2008, [rad. 30214]).

REGLAS ACERCA DEL DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL

Doctrina probable: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920); SP, 14 sep. 2009, (rad. 31981) y SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

1. **Distinción inicial:** el **informe pericial contiene** la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, y la cual, además de ser técnico-científica puede ser también fáctica (art. 415 de la Ley 906 de 2004).

2. **Regla general de descubrimiento:** este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública de juicio oral, si es producido con posterioridad a la Audiencia Preparatoria (art. 415 ídem). No obstante, los datos del perito y el tipo de dictamen que se realizará tendrán que descubrirse en los momentos procesales oportunos previstos para cualquier evidencia (art. 415 ídem).

3. **Excepción 1 a la regla general de descubrimiento de la prueba pericial:** cuando se obtiene el informe en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la Audiencia Preparatoria (art. 414 del CPP); esto es, se debe descubrir en el momento procesal oportuno previsto para cualquier evidencia.

4. **Excepción 2 a la regla general de descubrimiento de la prueba pericial:** es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se

solicita por la parte interesada (art. 412 del CPP), razón por la cual ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que busca la parte es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, realice esa tarea.

FUNCIONES QUE CUMPLE EL INFORME ESCRITO DEL PERITO

Doctrina probable: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920); SP, 17 sep. 2008, (rad. 29609); SP, 17 sept. 2008, (rad. 30214); SP, 17 jun. 2009, (rad. 31475); SP, 19 ago. 2009, (rad. 31950); SP, 21 sep. 2011, (rad. 36827) y SP, 14 sep. 2009, (rad. 31981).

1. Puede servir en la etapa investigativa para adoptar algunas determinaciones.

2. Materializa el derecho a la contradicción, razón por la cual debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial. Debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés, y así preparar además el contrainterrogatorio.

3. Puede servir para refrescar memoria.

4. Es útil para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado durante la audiencia del juicio oral (impugnación de credibilidad).

5. En consecuencia, el informe escrito del perito, dado su ostensible carácter accesorio, no tiene ningún valor si el experto no concurre a la audiencia de juicio oral a rendir de viva voz el dictamen, como lo postula el inciso 2.º del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, pudiéndose incluso presentar el dictamen sin el documento, tal cual lo consagra el artículo 412 de la misma ley.

REGLAS PARA LA INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL ESCRITO CON UN PERITO DISTINTO DE QUIEN REALIZÓ EL ANÁLISIS

Doctrina probable: CSJ SP, 17 sep. 2008, (rad. 30214); SP, 11 dic. 2013, (rad. 40239); AP1001-2016, 24 feb. 2016, (rad. 47303).

- Inicialmente debe tenerse en cuenta que la ley habilita mecanismos para que aun en la lejanía o bajo padecimientos de salud que le impidan desplazarse, el perito pueda rendir su versión oral, conforme lo establecido por el artículo 419 del CPP.

- Si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas (dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido) se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes “o para que los rindan en la audiencia”.
-
- Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004, debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.
-
- No obstante, para que esta excepción pueda operar, lo fundamental es que el informe o informes contengan elementos suficientes —particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar—, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles fueron los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extraer.

LA BASE TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DICTAMEN

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637).

Regla. Los peritos son convocados a juicio oral por las partes para que expliquen suficientemente “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación”, tal y como lo dispone expresamente el artículo 417 del CPP. Todo bajo el entendido que los jueces no deben aceptar de forma irreflexiva lo que expresen los peritos, a partir de la simple autoridad de quien emite la opinión. En tal sentido, en la decisión CSJSP, 09 may 2018, (rad. 47423) se resaltó lo siguiente (**subreglas**):

1. El artículo 417 del CPP consagra como secuencia lógica del interrogatorio de los peritos lo siguiente:
 - i) Debe establecerse la calidad de perito, a lo que apuntan los temas tratados en los tres (3) primeros numerales —conocimiento teórico, conocimiento y experiencia en uso de instrumentos, y conocimiento práctico—.

- ii) La explicación de los “principios científicos, técnicos o artísticos en los que verifica o fundamenta sus verificaciones o análisis”.
 - iii) El grado de aceptación de los mismos.
 - iv) Los “métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso”.
 - v) La aclaración sobre si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza”; entre otros.
-
2. A la luz de esta reglamentación, es claro que los peritos comparecen al juicio oral a explicar unas determinadas reglas o principios técnico-científicos, que sirven de fundamento a sus conclusiones frente a unas situaciones factuales en particular.
-
3. Igualmente, deben precisar el nivel de probabilidad de la respectiva conclusión, que, a manera de ejemplo, suele ser más alta en los exámenes de ADN que en algunos conceptos psicológicos.
-
4. Del experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el juez: **i)** identifique y comprenda la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; **ii)** sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; **iii)** comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; **iv)** pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera.
-
5. Al perito le está vedado:
- i) Presentar conclusiones sin fundamento.
 - ii) Opinar sobre asuntos que escapan a su experticia.
 - iii) Eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico-científico de sus apreciaciones.
 - iv) No precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica.
 - v) Abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.

LA BASE TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DICTAMEN

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

¿Cuándo adquiere el carácter científico un enunciado? Parte I

1. En cuanto a la acreditación del carácter científico de una tesis, ley o enunciado, la Sala, en sentencias como CSJ SP, 10 abr. 2003, (rad. 16485),

se ha referido a principios como los de «universalidad, síntesis, verificabilidad y contrastabilidad»²⁰. Este último rasgo, que alude a la facultad de confrontar la teoría de la cual se predica su científicidad con la experiencia, también es conocido como ‘falsabilidad’, ‘falibilidad’ o ‘refutabilidad’. Ha sido tratado por la jurisprudencia a la hora de desestimar la naturaleza científica de una aserción, por ejemplo, en CSJ AP, 05 sep. 2013, (rad. 36411) («no hay enunciado científico que no esté asociado a uno empírico»²¹), o CSJ AP8169, 29 nov. 2017, rad. 46710 («a los planteamientos del libelista sí subyace el desconocimiento de un principio de la ciencia, cual es la falibilidad»²²).

Caso: la Corte Suprema de Justicia, en la decisión CSJ AP6371, 27 sep. 2017, (rad. 46540), se ocupó de un tema similar al aquí desarrollado. En dicho caso, el actor planteó un «falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, específicamente de una regla de la ciencia de la psicología que dispone que, cuando se recauda información a través de entrevistas a menores, y se realiza de manera indebida, se origina fuente de sugestión en los relatos que conduce a implantación de memoria y creación de falsos recuerdos». La Corte no admitió tal demanda tras aducir que el actor **i)** «no acreditó el carácter de ley científica de su postulación», por cuanto «no basta transcribir extensos apartes de literatura especializada para darle tal condición», y **ii)** «no demostró de qué manera, y en forma concreta, las reales o supuestas falencias en la práctica de las entrevistas a la niña víctima condujeron a la *implantación de memoria y falsos recuerdos*».

2. Fue en la sentencia CSJ SP, 06 mar. 2013, (rad. 39559), en donde la Corte adoptó el criterio conforme al cual «cualquier hallazgo o descubrimiento científico no solo debe someterse a la crítica racional, sin perjuicio de su aceptación o vigencia en el respectivo campo especializado, sino que además la opinión dominante en materia de filosofía de la ciencia sostiene que es precisamente la posibilidad de ser refutada por la experiencia la que delimita el carácter científico o metafísico de una tesis»²³.
3. En este orden de ideas, es científico todo enunciado que sea contrastable con el mundo empírico, esto es, que haya sido confrontado mediante experimentos sin llegar a ser refutado. Dicho rasgo está presente cuando la ley implica o asegura «que ciertos acontecimientos concebibles no ocurrirán» (Popper, 2005, p. 123.)²⁴,

²⁰ CSJ SP, 10 abr. 2003, (rad. 16485).

²¹ CSJ AP, 5 sep. 2013, (rad. 36411).

²² CSJ AP8169, 29 nov. 2017, (rad. 46710).

²³ CSJ SP, 06 mar. 2013, (rad. 39559).

²⁴ Popper, K. (2005). El mito del marco común. Barcelona: Paidós.

es decir, «toda teoría contrastable prohíbe que ocurran determinados acontecimientos»²⁵. De ahí que sea posible trazar la ley bajo «la forma “tal y cual cosa no pueden suceder”».

Ejemplo: es contraria a la ciencia la afirmación de un testigo según la cual una persona “saltó del piso al techo de un edificio de 100 metros de altura”, porque se trataría de un aspecto imposible de ocurrir, en tanto reñiría con la ley de la gravedad. Constituiría un error de hecho por falso raciocinio en el caso de que un juez le brindara credibilidad a ese preciso punto del relato. De idéntica manera, la demostración de un determinado acontecimiento fáctico que en principio haya sido prohibido o negado por la ley es lo que permite evidenciar sus falencias como ciencia o, en términos más precisos, falsear el carácter científico de aquella. Así, si un juez le otorga el valor de ciencia a un enunciado que ya fue empíricamente objeto de refutación (y, por lo tanto, descartado como tal), también podrá incurrir en un falso raciocinio en la valoración de la prueba.

LA BASE TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DICTAMEN

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637).

¿Cuándo adquiere el carácter científico un enunciado? Parte II

1. La facultad de confrontarse con la experiencia es lo que deviene en científica cualquier ley, tesis o postulado. En cambio, será dogmática (o metafísica) toda aserción no contrastable, es decir, la que sea imposible de refutar, falsear o advertir sus fallas por medios empíricos.
2. En este punto, la Sala precisa el sentido del fallo CSJ SP, 08 sep. 2010, (rad. 34650), en tanto definió como ley científica «aquella frente a la cual cualquier examen de comprobación mantiene condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal». Aclara la Corte que ninguna ley científica tiene la propiedad de ser irrefutable o imposible de desvirtuar, porque de ser así su contenido nunca sería ciencia, sino dogma. Será científico todo enunciado que, a pesar de ser confrontado racionalmente con la experiencia, no haya

²⁵ Ídem

sido refutado o falseado. Sin embargo, esto no significa que alguna vez pueda dejar de serlo, pues siempre se habrá de permitir, por medios empíricos, su contrastación.

3. **Regla:** en este contexto, en clara alusión a la necesidad de la prueba pericial (art. 405 de la Ley 906 de 2004), la Sala dejó sentado que no es necesario presentar un perito en juicio para demostrar leyes científicas que, no obstante tener esa calidad, hacen parte del acervo de conocimiento del conglomerado social, a manera de máximas de la experiencia.

LA BASE FÁCTICA DEL DICTAMEN

Parte I

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

1. La base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión.

Ejemplo: i) la presencia y ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima pueden ser insumos suficientes para que el médico legista explique la causa de la muerte; **ii)** la localización de la víctima para cuando fue atropellada por un automotor, la ubicación final del cuerpo, las características del rodante, la extensión de la huella de frenada, etcétera, le pueden permitir a un físico calcular la velocidad que el procesado le imprimía al automotor en los momentos previos al accidente; **iii)** las reacciones de la persona sometida a un evento traumático pueden resultar útiles para que el experto en la respectiva disciplina dictamine sobre las afectaciones de orden psíquico derivadas de la conducta punible; etcétera.

2. La base fáctica del dictamen puede estar conformada por lo que el perito percibe directamente. A diferencia del denominado **testigo** técnico, el perito percibe estos aspectos en el ejercicio de su rol. En estos casos, el perito es testigo de los hechos o datos a partir de los cuales emite su opinión, los cuales, en sí mismos, son relevantes para tomar la decisión, bien porque tengan el carácter de *hechos jurídicamente relevantes* o de *hechos indicadores*.

Ejemplo: como sucede, verbigracia, con los médicos legistas que estudian un cadáver y, a partir de esa información y de sus conocimientos especializados, emiten una opinión sobre la causa de la muerte. Igual sucede, a manera de ilustración, con el perito en mecánica automotriz que inspecciona un vehículo involucrado en un accidente y aplica su experticia a los datos obtenidos, para arribar a una determinada conclusión.

3. Es también posible que la base fáctica del dictamen esté conformada por hechos que son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba. En estos eventos, el dictamen se rendirá en el juicio oral, tal y como lo dispone el artículo 412 de la Ley 906 de 2004: “Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados o conainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia”.

Ejemplo: el físico que se basa en lo expresado por los testigos en torno a la ubicación de la víctima para cuando fue atropellada, la posición final del cuerpo y, en general, los datos a partir de los cuales pueda dictaminar sobre la velocidad del automotor.

4. El dictamen pericial puede ser excluido, rechazado o inadmitido (CSJ AP, 07 may 2018, [rad. 51882]) si su base fáctica está soportada en pruebas que no reúnan los requisitos legales para su práctica o incorporación.

Ejemplo: el experto en física no podría dictaminar sobre la velocidad de un vehículo involucrado en un accidente de tránsito en el que haya fallecido una persona, si los fundamentos factuales del concepto están soportados en evidencia inadmisibles (declaraciones anónimas, pruebas excluidas por haber sido obtenidas con violación de derechos fundamentales, etcétera).

Parte II

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

1. El dictamen pericial podría ser utilizado como un mecanismo subrepticio para incorporar pruebas en contravía del ordenamiento jurídico, o visto de otra manera, para demostrar algunos elementos estructurales del tema de prueba con medios de conocimiento violatorios del debido proceso.

Explicación práctica: con frecuencia, principalmente en este tipo de casos, el dictamen pericial recae sobre la declaración de un menor de edad (CSJSP, 09 may 2018, [rad. 47423], entre otras). En estos eventos, pueden presentarse variables como las siguientes: **i)** si el niño declara en el juicio oral, es razonable que el dictamen recaiga sobre esa versión; **ii)** cuando ello sucede, no se discute que la versión del menor constituye uno de los medios de prueba en que puede basarse la sentencia; **iii)** la opinión del experto puede

referirse a una declaración rendida por el niño por fuera del juicio oral (ídem), y **iv)** si la parte pretende que esa versión sea valorada como prueba, debe solicitar su incorporación con apego a las reglas de la prueba testimonial.

2. Finalmente, es posible que la base fáctica del dictamen no coincida con los hechos que integran el tema de prueba, como puede suceder, por ejemplo, con ciertas evaluaciones psicológicas orientadas a demostrar el estado mental de una persona, para lo que se utilizan historias clínicas, se practican entrevistas, etcétera. Como en estos eventos lo relevante, desde el punto de vista probatorio, es la opinión del experto, no es necesario incorporar como prueba las historias clínicas y la otra información destinada a esos fines. Sin embargo, esos datos deben ser descubiertos oportunamente, para que la contraparte tenga la ocasión de utilizarlos en el contrainterrogatorio y, en general, para impugnar la credibilidad del perito, la solidez del dictamen, etcétera.

Explicación práctica: lo anterior gira en torno a la idea de que los expertos utilizan ese tipo de información para tomar decisiones relevantes en su práctica cotidiana, como sucede con los médicos que diagnostican y resuelven sobre los procedimientos procedentes a partir de las historias clínicas elaboradas por otros colegas. De tiempo atrás esta Corporación consideró que este criterio se aviene al sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 21 feb. 2007, [rad. 25920]). No obstante, debe aclararse que si las partes pretenden hacer valer como prueba el contenido de la anamnesis (o cualquier otra declaración plasmada en esos reportes), para demostrar uno o varios de los elementos estructurales del tema de prueba (como cuando el paciente afirma que una determinada persona lo lesionó o lo sometió a abuso sexual), debe agotar los trámites previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral.

EL PERITO COMO TESTIGO

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637).

1. La opinión del perito (que puede tener como base lo que él presencié o la información suministrada por otros testigos), puede referirse:
 - i) A un hecho jurídicamente relevante (por ejemplo, “la muerte ocurrió a causa de los disparos”).
 - ii) A un hecho indicador (verbigracia, “con alta probabilidad, la muestra de sangre examinada corresponde al acusado”).

2. En el ámbito de los dictámenes emitidos por los **psicólogos**, debe precisarse lo siguiente:
 - i) Si se pretende introducir, como prueba de referencia, una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto; esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 sep. 2015, [rad. 46153]);
 - ii) Si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física;
 - iii) A la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

3. En este orden ideas, cuando las partes y/o el juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es **testigo directo**, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial.

Ejemplo: i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon; ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base *técnico-científica* suficientemente decantada, según se indicó previamente; iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.

4. Cuando la sentencia está basada en prueba de referencia, las anteriores precisiones adquieren una especial relevancia, porque se hace necesario determinar si el perito realmente aporta información adicional (a la declaración rendida por fuera del juicio oral), que permita superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para lo que, sin duda, resulta insuficiente con expresar, sin ninguna aclaración, que el perito es “testigo directo”.

LA EXPLICACIÓN DE LA CONEXIÓN QUE EXISTE ENTRE LAS BASES FÁCTICA Y TÉCNICO-CIENTÍFICA DEL DICTAMEN

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

1. El experto debe explicar por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico-científicas que ha explicado.
2. Cuando se refiere a estudios o experimentos, con la intención de demostrar que al caso sometido a decisión judicial le son aplicables las conclusiones obtenidas durante los mismos, debe precisar si existen coincidencias o diferencias relevantes entre las muestras utilizadas para ese propósito y las particularidades del caso.

Ejemplo: si la investigación científica se orientó a establecer la reacción típica de los niños ante determinadas situaciones, deben precisarse aspectos como la edad, la extracción socio-cultural o cualquier otro factor relevante (CSJSP, 23 may. 2018, [rad. 42631]).

3. Estos aspectos son determinantes para que el juez pueda valorar en su justa dimensión el dictamen pericial, todo bajo el entendido de que no debe aceptar, como una verdad apodíctica, las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: **i)** la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (art. 417 del CPP), y **ii)** las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera.

PASOS PARA LA SOLICITUD Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL

Parte I

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018 (rad. 50637).

1. **Paso 1 (preparación del caso).** La parte debe delimitar para tener claros los siguientes aspectos:
 - i) Cuál es la base fáctica del dictamen.
 - ii) Cómo pretende demostrar ese componente del dictamen.
 - iii) Cuál es el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que busca demostrar con la opinión.
 - iv) Cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, debe precisar cuáles son los datos adicionales que se demostrarán con el

experto, bien porque los haya percibido “directa y personalmente” o porque puedan acreditarse con su opinión.

- v) Tiene el deber de constatar si esa información es suficiente para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 del CPP; etcétera.

2. Paso 2 (descubrimiento). La prueba pericial debe ser objeto de descubrimiento oportuno, en los términos previstos en los artículos 344 y siguientes, 355 y siguientes, 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Para tales efectos, las partes deben poner en conocimiento de su antagonista el informe de que trata el artículo 413, bajo el entendido de que, en todo caso, la base de opinión pericial, que abarca los aspectos analizados previamente, debe ser divulgada como mínimo cinco (5) días antes de la celebración de la audiencia pública, tal y como lo dispone el artículo 415 ídem.

3. Paso 3 (ofrecimiento y solicitud). Como sucede con todas las pruebas que las partes pretenden hacer valer como soporte de sus teorías, en la audiencia preparatoria es imperioso sustentar la pertinencia del dictamen. Resulta elemental que, para ello, debe precisarse el sentido de la opinión, para poder establecer su relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes que integran el tema de prueba.

Ejemplos. Debe explicarse: que con el testimonio del médico legista **que examinó el cadáver**, se pretende establecer que la víctima falleció a causa de los disparos; que el perito psicólogo, **a partir del estudio de la historia clínica de la víctima**, explicará por qué los síntomas que esta presenta son compatibles con el denominado “síndrome del niño abusado”. Así como que el perito en física, **sobre la base de lo que declaren los testigos en el juicio oral acerca de las circunstancias que rodearon el accidente automovilístico**, establecerá la velocidad que el procesado le imprimía a su vehículo para cuando ocurrió el impacto, etcétera.

Parte II

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637).

- 4. Paso 3 (ofrecimiento y solicitud) (continuación).** Las anteriores precisiones deben ser realizadas porque:
- i) Les permitirán a las partes y al juez decidir aspectos relevantes del desarrollo del juicio, como, por ejemplo, el orden en que será practicada la prueba testimonial. A la luz del último ejemplo, resulta obvio que primero deben declarar los testigos que tuvieron conocimiento “personal

- y directo” de los pormenores del accidente, para que el experto cuente con los insumos suficientes para emitir su opinión.
- ii) También resulta fundamental este paso para establecer si la prueba pericial es necesaria, en los términos del artículo 405 de la Ley 906 de 2004, esto es, si se requiere de “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” para comprender o demostrar un aspecto puntual del tema de prueba.
 - iii) En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la admisibilidad de la prueba pericial está supeditada a la confiabilidad de la base técnico científica. En tal sentido, deben considerarse los parámetros consagrados en el artículo 422 ídem cuando se trata de publicaciones científicas o prueba novel”.
 - iv) Además del análisis de pertinencia, es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 376 del mismo ordenamiento, en el sentido de que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo que exista “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto”, “exhiba escaso valor probatorio” o “sea injustamente dilatoria del procedimiento”. Esta norma adquiere especial relevancia en materia de prueba pericial, porque aunque es cierto que los expertos pueden aportar información relevante para la adecuada solución del caso, también lo es que el uso inadecuado de este recurso puede introducir aspectos tan confusos como innecesarios, que, finalmente, incidan negativamente en la recta y eficaz administración de justicia, máxime si se parte de las ideas equivocadas de que todo dictamen pericial es admisible y que la opinión del perito debe tomarse como una verdad apodíctica solo en atención a su autoridad (CSJSP, 09 sep. 2015, [rad. 34514]).
 - v) Además de los límites atrás señalados, la prueba pericial está supeditada, como todas las demás, a que con su práctica no se afecten derechos fundamentales por fuera del marco constitucional y legal previsto para tales efectos, lo que bien puede ocurrir en la estructuración de la base fáctica del dictamen (por ejemplo, en la toma de muestras al imputado o a la víctima sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley) o en los estudios practicados por el experto (verbigracia, la realización de análisis de ADN que puedan acarrear discriminación racial).

Parte III

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637)

Subreglas que deben tenerse en cuenta frente a la SOLICITUD y el OFRECIMIENTO de la prueba pericial:

1. Es claro que la pertinencia del dictamen pericial debe explicarse en la audiencia preparatoria, salvo que se trate de prueba sobreviniente, evento en el cual este análisis puede trasladarse al juicio oral. Lo mismo sucede con el estudio de la

utilidad de la prueba y los demás aspectos regulados en el artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

2. No obstante, debe tenerse en cuenta que en este sistema de enjuiciamiento criminal el análisis de estos aspectos difiere a lo largo de la fase de juzgamiento, porque, a manera de ejemplo, es posible que un testimonio haya sido decretado como prueba en la Audiencia Preparatoria, pero en la audiencia de juicio oral, al momento de su práctica, se establezca que el testigo no tiene conocimiento “personal y directo” (art. 402 del CPP) de los hechos sobre los que versa el interrogatorio, lo que faculta a la otra parte para plantear las respectivas oposiciones y, de esta manera, evitar que esa versión se incorpore como prueba.
3. Lo anterior es así, porque en la Audiencia Preparatoria no se practican pruebas, de tal suerte que las partes presentan sus **argumentos** sobre la admisibilidad de las mismas, pero es en el juicio oral donde se **demuestra** si los testigos presenciaron los hechos objeto de declaración, si las evidencias físicas o documentos en realidad son lo que las partes alegan, etcétera (CSJSP, 09 sep. 2015, [rad. 34514]).
4. Algo semejante sucede con la prueba pericial. Piénsese, por ejemplo, en un perito que no cuente con títulos académicos (art. 408, num. 2 del CPP), evento en el cual: **i)** la parte debe explicar en qué consiste la opinión, pues de ello depende el análisis de pertinencia y la determinación de los aspectos previstos en el artículo 376, y **ii)** si para probar la cualificación opta por utilizar “el propio testimonio del declarante que se presenta como perito” (art. 408), es claro que ese aspecto (si reúne o no las condiciones para ser tenido como experto) solo podrá resolverse en el juicio, así la prueba haya sido decretada en la Audiencia Preparatoria a partir de los argumentos presentados por la parte.

¿Se debe demostrar la idoneidad del perito en la Audiencia Preparatoria?

En efecto, el legislador dispuso la obligación de demostrar la idoneidad del experto. Al efecto, el artículo 408 del CPP establece “quiénes pueden ser peritos” y dispone que “a los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito”; el artículo 413 del CPP, que trata de la “presentación de los informes”, establece que a los mismos deberá agregarse la “certificación que acredite la idoneidad del perito”, y los tres (3) primeros numerales del artículo 417 del CPP, que regulan el interrogatorio del experto, establecen la acreditación de su “conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte”, (...) sobre los antecedentes que acrediten su

conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto” y “sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables”. Por lo tanto, en la Audiencia Preparatoria deberá demostrarse la idoneidad del perito, para lo que resulta imperioso anexar al informe los respectivos certificados, sin perjuicio de la posibilidad de demostrar este aspecto con el testimonio del experto, principalmente cuando se trata de personas que no cuenten con título legalmente reconocido (art. 408 del CPP).

5. Lo anterior no impide que la prueba sea inadmitida desde la Audiencia Preparatoria, por ejemplo, cuando es evidente que **i)** el dictamen es impertinente, **ii)** la base *técnico-científica* de la opinión no se ajusta a lo previsto en el artículo 422, **iii)** el dictamen puede “generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto” o ser “injustamente dilatorio del procedimiento” (art. 376 del CPP), **iv)** el testigo no reúne los requisitos para ser catalogado como experto, etcétera.

LA ARTICULACIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA PRUEBA PERICIAL Y LAS ATINENTES A LAS DECLARACIONES RENDIDAS POR MENORES DE EDAD POR FUERA DEL JUICIO ORAL

Fuente jurisprudencial: SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637).

- Si el perito es presentado con el único fin de demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior, no existe, en estricto sentido, una prueba adicional a la de referencia, pues en esos casos funge como el “vehículo” para llevar esa versión al juicio oral, lo que también podría lograrse a través de un documento o de un testigo que no tenga la calidad de experto.

- Cuando la opinión del perito recae sobre una declaración rendida por la víctima por fuera del juicio oral, y la parte pretende que la misma sea tenida como fundamento de la condena, debe agotar los trámites pertinentes para su solicitud y práctica.

- Lo anterior sin perjuicio de que el dictamen se oriente al análisis de lo que la víctima declaró en el juicio oral.

- Cuando se pretende llevar al perito en calidad de testigo directo, la parte debe especificar cuáles son los hechos o datos que este presencié, como sucede, por ejemplo, con los síntomas de la afectación psicológica, las laceraciones en el cuerpo, etcétera.

- Igualmente, debe especificarse si la opinión tiene una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si se refiere a un dato o hecho indicador a partir del cual puede inferirse que el hecho encaja en la respectiva norma penal.

- Además de los requisitos ya analizados, debe existir suficiente claridad sobre la información que se aporta con la prueba pericial, en los ámbitos atrás referidos, pues ello se erige en requisito indispensable para determinar si la prueba de referencia verdaderamente está acompañada de información que trascienda el contenido mismo de la declaración rendida por fuera del juicio oral, al punto que pueda darse por cumplido el requisito previsto en el artículo 381 del CPP.

REGLAS ACERCA DE LA DECLARACIÓN QUE RENDIRÁ EL PERITO PSICÓLOGO O PSIQUIATRA EN JUICIO

Doctrina probable: CSJ AP3395-2017, 31 may. 2017, (rad. 47090); AP8203-2017, de 28 jun. 2017, (rad. 48060); AP6386-2017, 27 sep. 2017, (rad. 47777) y SP5785-2015, 30 sep. 2015, (rad. 46153).

1. El dictamen del perito y su declaración **NO** podrá versar acerca de:
 - i) La facticidad puesta en su conocimiento por el paciente o la víctima.
 - ii) La responsabilidad o no del acusado.
 - iii) La imputabilidad o inimputabilidad del procesado (art. 421 del CPP).
2. El dictamen del perito y su declaración **SÍ** podrán tratar los aspectos de base *técnico-científica* que permitan dilucidar el asunto del juicio oral, tales como:
 - i) La personalidad, condición de salud y grado de afectación con la conducta ajena del examinado.
 - ii) Los aspectos que permiten establecer la confiabilidad y credibilidad de quien hizo el relato.
3. Las entrevistas y manifestaciones hechas por los menores a los expertos **SÍ son prueba de referencia**. Sin embargo, el testimonio del experto **NO** lo es siempre; solo cuando su declaración verse sobre los aspectos reseñados y el *dictamen* sea el producto de su percepción directa acerca de lo que le transmitió la víctima.

CARACTERÍSTICAS DEL TESTIGO TÉCNICO Y SUS DIFERENCIAS CON OTROS TESTIGOS, EN ESPECIAL LOS PERITOS

Doctrina probable: CSJ SP, 11 abr. 2007, (rad. 26128); SP, 15 jul. 2009, (rad. 30355); SP, 01 oct. 2012, (rad. 38160); SP, 17 sept. 2008, (rad. 30214) y AP2020-2015, 22 abr. 2015, (rad. 45711).

Definición: el testigo técnico es «aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso»; puesto de otra forma, «es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales». CSJ SP, 11 abr 2007, (rad. 26128)

Razones jurídicas para su aplicación en la Ley 906 de 2004: aunque el concepto de testigo técnico no aparece consagrado ni regulado expresamente en la Ley 906 de 2004, ninguna dificultad ofrece su aplicación a los procesos seguidos bajo el procedimiento allí establecido, en razón de la remisión al Código de Procedimiento Civil, posible en virtud del principio de integración establecido en el artículo 25 de esa codificación.

Características del testigo técnico: el testigo técnico es, de todas maneras y a pesar de su cualificación especial, un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquellos, pues sobre eso debe ocuparse su declaración.

Diferencias con el testigo común: aunque tanto el testigo experto como el común declara sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte que el segundo carece.

Consecuencia práctica de distinguir el testigo técnico del común: esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquellas sean formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, y se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración.

Diferencias con el perito: el perito, mediante un análisis *ex post* de la situación investigada, a la que accede a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, videos, fotografías u otros —no por su conocimiento personal—, elabora un dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica, soportadas en un examen del contexto fáctico efectuado con fundamento en sus conocimientos especializados. Sin embargo, a él no le consta nada en relación con los hechos objeto de litigio, básicamente porque no los ha aprehendido por los sentidos, ni directa ni

indirectamente. Por otra parte, según se desprende del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, es claro que el perito puede ser interrogado sobre aspectos de la ciencia, técnica o arte en la que es experto que no estén vinculados o relacionados de manera inmediata con el objeto de la peritación. En contraste con lo anterior, al testigo técnico, en tanto solo puede atestar sobre los hechos percibidos de manera personal y dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de sus conocimientos especializados, no podría extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte, ajenos al objeto puntual del debate.

REGLAS PARA EL DESCUBRIMIENTO, SOLICITUD Y PRÁCTICA DEL TESTIMONIO TÉCNICO

Fuente jurisprudencial: AP2020-2015, 22 abr. 2015, (rad. 45711).

1. **Descubrimiento:** la solicitud del testimonio técnico supone la precisión oportuna, esto es, en la audiencia de formulación de acusación o la preparatoria, según el caso, de cuál es la especialidad del declarante, la razón de su conocimiento técnico o científico —esto es, si fue adquirido en razón de capacitación acreditada mediante título profesional, legalmente obtenido, o por su reconocido entendimiento en la materia— y del contenido de su deposición. Para los actuales fines, resulta relevante enfatizar que la práctica de la prueba pericial exige la elaboración de un informe contentivo de la experticia, este debe ser puesto a disposición de las partes «al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública donde se recepcionará la peritación», según lo dispone el artículo 415 de la Ley 906 de 2004. Ninguna condición similar es aplicable al testigo técnico quien, por obvias razones, simplemente concurre al juicio a declarar sobre los hechos percibidos; no suscribe un documento de dicho contenido y alcance.
2. **Consecuencia de cumplir con la anterior regla:** resultaría inadmisibles que un testigo, de quien no se anunció oportunamente su cualificación, concurre a la vista pública para relatar los hechos percibidos con adicional ilustración científica o técnica, como quiera que por esa vía resultaría sorprendida la parte en contra de la cual se aduce la prueba, que quedaría imposibilitada para controvertirla, al menos en el aspecto especializado de la misma.
3. **Solicitud:** quien pretende acopiar una declaración de esa naturaleza, al igual que quien reclama un testimonio ordinario, debe señalar, en la sustentación de la pertinencia, conducencia y utilidad de dicho medio de prueba, si el declarante tiene conocimiento personal de los hechos, pues solo sobre aquellas circunstancias fácticas, que ha conocido directamente

por los sentidos, le está permitido atestar (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Igualmente, tiene la carga de sustentar la manera en que sus opiniones doctas contribuyen al esclarecimiento de la verdad.

4. **Práctica:** **i)** si quien controla la prueba desea incitar al declarante a exteriorizar sus apreciaciones científicas o técnicas, será necesario interrogarlo previamente sobre las circunstancias profesionales, académicas, artísticas y de toda índole que permitan tenerlo, no como un testigo común, sino como uno técnico, tal y como lo dispone el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la prueba pericial, y **ii)** no se le puede preguntar sobre aspectos propios de una ciencia, técnica o arte ajenos al objeto puntual del debate.
5. **Apreciación:** **i)** el alcance probatorio de las apreciaciones presentadas por quien declara en juicio en condición de testigo técnico no es otro que el de la prueba testimonial, de modo que su valoración, tanto en lo que respecta a la ilustración sobre los hechos como a las apreciaciones exteriorizadas por el deponente, está sometida a los criterios que para dicho efecto establece el artículo 404 del CPP, y **ii)** con relación al aspecto técnico o especializado declarado, el juez podrá acudir, en lo pertinente, a los criterios establecidos en el artículo 420 del CPP.

¿CONSTITUYEN LAS HISTORIAS CLÍNICAS EL INFORME RESUMIDO EN DONDE SE EXPRESA LA OPINIÓN PERICIAL, UNA PRUEBA DE REFERENCIA O UNA PRUEBA DOCUMENTAL?

Fuente jurisprudencial: CSJ SP, 21 feb. 2007, (rad. 25920).

1. Si una persona es lesionada y a raíz de ello atendida por un *médico tratante*, produciéndose como consecuencia de tal atención una **historia clínica** que termina siendo analizada posteriormente por un *médico forense* junto con el lesionado, es **innecesario** que vaya a declarar a juicio el médico tratante que produjo la historia clínica que sirvió de base para la realización del Informe Técnico Científico por parte del médico forense porque:
 - i)** La historia clínica es una prueba documental y no el informe de base de una opinión pericial.
 - ii)** La cadena de custodia y la acreditación por testimonio de terceros acerca del origen y procedencia de la historia clínica son suficientes para tener el documento como auténtico (es decir, el continente de la información).
 - iii)** Si la parte que pudiere resultar perjudicada con las anotaciones de la historia clínica tiene razones para dudar de la autenticidad del documento, como continente de la información, o para cuestionar la científicidad del

contenido, debe manifestarlas oportunamente y podrá aportar las contrapruebas que considere necesarias, entre ellas, los testimonios de los médicos tratantes.

2. Todo ataque debe dirigirse a la prueba pericial (el testimonio del perito en juicio) y no simplemente a su informe escrito.
3. La prueba pericial médica NO se torna en prueba de referencia, por el simple hecho de que el experto analice, entre los elementos de estudio, la historia clínica, que contiene diversas declaraciones y notas plasmadas por profesionales de la salud, por fuera de la audiencia pública, por la alta confiabilidad que brinda la información allí contenida.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: los informes escritos realizados por los peritos, de forma previa a la audiencia de juicio oral, ¿constituyen una prueba documental, una evidencia de referencia o una parte integrante de la prueba pericial?

Fuente jurisprudencial: SP, 17 Sep. 2008, (rad. 30214).

Los *reconocimientos médico-legales*, si bien están contenidos en un documento, **constituyen** informes técnico-científicos que, conforme se destacó previamente, **integran** la prueba pericial y a sus autores —peritos o expertos—; al momento de su práctica, a estos se les aplican las reglas de la prueba testimonial, razón por la cual **deberán declarar** en juicio para que dicho informe exista, fusionado con el dicho del experto, como prueba dentro del proceso.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿Debe necesariamente concurrir a la audiencia pública el perito que elaboró el informe?

Fuente jurisprudencial: SP, 17 sep. 2008, (rad. 30214).

Por regla general SÍ, pero **excepcionalmente** no será necesario si se dan **tres presupuestos**:

- i) *Imposibilidad absoluta de comparecencia* (por ejemplo, porque murió el perito), frente a lo cual se deberá siempre buscar agotar las opciones del artículo 419 del CPP, v.gr., la posibilidad de rendir su testimonio de manera virtual.

- ii) *La pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia* (por ejemplo, porque el objeto de análisis se degradó y ya no existe), frente a lo cual deberá verificarse, previamente, si es posible que un perito distinto realice de nuevo un examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez para que rindan su dictamen en la audiencia.
- iii) *Tendrá que ser razonable y ajustado a los postulados de la ponderación*, para lo cual evaluará la afectación de derechos que tal medida implica. En estos casos el nuevo perito no será un simple avalista y, por ende, tendrá que realizar un examen crítico del informe.

CAPÍTULO VII

ESTÁNDARES PARA LA REALIZACIÓN Y APROBACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS

José María Peláez Mejía
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

LA FINALIDAD DE LAS ESTIPULACIONES Y LA CONSECUENTE CLARIDAD QUE LAS MISMAS DEBEN TENER

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696).

1. Está suficientemente claro que las estipulaciones deben versar sobre “aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renunciaciones de derechos constitucionales” (art. 10 de la Ley 906 de 2004), bajo el entendido de que las mismas constituyen “acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias” (art. 356 ídem).

2. Es igualmente indiscutible que la finalidad de las estipulaciones es depurar el tema de prueba, en orden a dinamizar el proceso al evitar la práctica de pruebas de hechos o circunstancias frente a los que no existe *controversia sustantiva*.

3. **Reglas generales.** Como implican una renuncia al derecho a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular, las estipulaciones:
 - i) solo pueden referirse a hechos (CSJAP, 26 oct. 2011. [rad. 36445]);
 - ii) deben estar expresadas con total claridad, precisamente para saber cuáles hechos o circunstancias incluidos en el tema de prueba van a quedar por fuera del debate;
 - iii) por estas razones, el juez debe conocer con precisión esos hechos, para decidir, entre otras cosas, sobre la admisibilidad de las pruebas solicitadas por las partes, y
 - iv) porque no tendría sentido aceptar estipulaciones y, al tiempo, decretar las pruebas concernientes a los hechos o circunstancias sobre las que versó el acuerdo (CSJSP, 10 oct. 2007, [rad. 28212]; CSJAP, 23 abr. 2018, [rad. 50643]), pues esto, en lugar de dinamizar el debate, lo puede complejizar innecesariamente.

4. Razones por las que las partes no pueden estipular “pruebas”, sino hechos:
 - i) porque el efecto principal de la estipulación es sustraer del debate algunos hechos o sus circunstancias;
 - ii) ello, naturalmente, incide en las decisiones de los jueces sobre las pruebas que se deben practicar en el juicio;
 - iii) en esa fase, el juez no conoce —ni debe conocer— el contenido de las pruebas;
 - iv) por tanto, si las partes estipulan pruebas, y no hechos, el juez no tendrá elementos de juicio para establecer cuáles aspectos factuales no serán objeto de controversia ni, en consecuencia, para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento solicitados por cada parte para sustentar su teoría del caso.

Ejemplo: si las partes “estipulan” la historia clínica o la necropsia, más no uno o varios hechos que pudieran ser demostrados con esos documentos (cuyo contenido es complejo, en cuanto puede abarcar declaraciones del perito y de terceros, opiniones, etcétera), el juez no tendrá elementos para establecer cuáles aspectos del tema de prueba quedaron abarcados con las estipulaciones y ello, naturalmente, afectaría las decisiones acerca de las pruebas que se practicarán en el juicio.

TEMA DE PRUEBA VS. MEDIO DE PRUEBA

REGLAS GENERALES (Un aspecto que debe quedar diferenciado y clarificado antes de realizar la estipulación probatoria)

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019 (rad. 50696).

1. Cuando se vaya a estipular un *hecho* contenido en un **documento**, deberá tenerse presente:
 - i) Si contienen declaraciones, deben regirse por las reglas de la prueba testimonial.
 - ii) Es necesario diferenciar en qué eventos los documentos hacen parte del tema de prueba y cuándo tienen el carácter de medio de prueba, diferenciación que también procede frente las declaraciones (CSJAP, 30 sep. 2015, [rad. 46153]; CSJAP, 08 mar. 2018, [rad. 51882]; entre otras).

Ejemplos: harán parte del tema de prueba las declaraciones que constituyen un elemento estructural del delito objeto de acusación y juzgamiento, como sucede en los casos de falso testimonio, injuria, calumnia, etcétera. En la misma lógica, hacen parte del tema de prueba el expediente, carpeta o sumario que da cuenta de la realidad procesal en medio de la cual se emitieron decisiones manifiestamente contrarias en la ley, en casos de prevaricato. En esos casos, la declaración (en los eventos de falso testimonio, falsa denuncia u otros delitos cometidos a través de este tipo de manifestaciones), así como lo referente a la carpeta, expediente o sumario (en el juzgamiento por el delito de prevaricato) pueden ser objeto de estipulación.

Lo anterior por razones simples. De la misma manera como la naturaleza de las heridas y la causa de la muerte son hechos jurídicamente relevantes en un caso de homicidio, en la medida en que encajan en el artículo 103 del Código Penal, una declaración falsa es un hecho jurídicamente relevante en un caso por falso testimonio, pues constituye el principal referente factual del

tipo previsto en el artículo 442 ídem, las pruebas y demás información con las que contaba el funcionario es la base fáctica ineludible para establecer si una decisión es manifiestamente contraria a la ley, en los casos de prevaricato.

2. Si la estipulación versa sobre *hechos* sobre los que declararía un **perito**, entonces, deberán tenerse presentes las siguientes distinciones:
 - i) En los dictámenes periciales (entre ellos el correspondiente a la necropsia) debe diferenciarse la base fáctica y la base técnico-científica.
 - ii) La base fáctica en algunos casos es demostrada con el mismo perito, principalmente cuando este, en ejercicio de su función, debe hacer las constataciones factuales pertinentes, como sucede con el médico legista que examina un cadáver o realiza un examen sexológico. En términos simples, generalmente al legista le corresponde declarar sobre hechos, como, por ejemplo, las características, número, ubicación y trayectoria de las lesiones, o el hallazgo de evidencias en el cuerpo del examinado (proyectiles de arma de fuego, fluidos corporales, entre otros). Lo anterior, sin perjuicio de las opiniones que debe emitir a partir de su conocimiento especializado (CSJSP, 11 jul. 2018, [rad. 50637]).
 - iii) Así como los informes de necropsia, al igual que otros reportes realizados por expertos dentro de la actuación penal, generalmente contienen datos factuales perfectamente diferenciables (unos, atinentes a la base fáctica del concepto, y otros, a las conclusiones expuestas por el experto) las partes deben expresar con claridad cuáles de ellos quedan cobijados con una estipulación probatoria, pues, también a manera de ilustración, no es lo mismo dar por probado que la muerte de una persona obedeció a una determinada causa (en virtud de la opinión del perito), que estipular el número y características de las lesiones (a partir de las observaciones que realiza el experto).

TEMA DE PRUEBA VS. MEDIO DE PRUEBA

EJEMPLO: la estipulación de historias clínicas e informes de necropsia.

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696).

Inicialmente debe diferenciarse si la historia clínica o la necropsia hacen parte del **tema de prueba** o constituyen **medios de prueba**.

Hipótesis en las que serían tema de prueba: i) Si, a manera de ilustración, a un médico se le acusa de haber consignado información falsa en una historia clínica, esa declaración —documentada— hace parte del tema de prueba. Las partes podrán estipular que esa historia clínica fue la que elaboró el procesado, lo que podría suceder, por ejemplo,

porque solo estén interesadas en discutir sobre la veracidad de la información allí plasmada. **ii)** Bajo la misma lógica, si al médico legista se le acusa de haber emitido un dictamen falso, las partes podrán estipular que ese fue el informe que presentó, porque, entre otras razones, el debate se contrae a la aceptabilidad de las conclusiones allí vertidas. En este caso, como en el anterior, el contenido de la necropsia constituye uno de los hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, es parte integral del tema de prueba.

Hipótesis en las que serían medio de prueba: cuando la historia clínica y/o el informe de necropsia constituyen medios de prueba, como cuando pretenden ser utilizados para demostrar las características y consecuencias de las lesiones, en un caso de homicidio, el asunto cambia sustancialmente, simple y llanamente porque se trata de declaraciones (emitidas por expertos) acerca de ciertos hechos o aspectos fácticos (número de heridas, estado de salud del paciente, el deceso de la víctima, etcétera), así como sus opiniones expertas (la muerte ocurrió por X o Y razón, las lesiones dieron lugar a una deformidad física de carácter permanente, entre otros). Lo anterior, sin perjuicio de otros datos que suelen ser incorporados en estos documentos, entre los que cabe destacar las versiones entregadas por terceros acerca del origen de las agresiones físicas, los abusos sexuales o cualquier otro aspecto relevante para el derecho penal.

Regla 1: como es evidente que las historias clínicas y los informes de necropsia se refieren a múltiples aspectos factuales, e incluso a declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, **no es posible realizar estipulaciones a partir de la alusión genérica a estos documentos**, porque no se tendría total claridad acerca de los hechos o circunstancias que las partes, conscientemente, debidamente informadas y sin ninguna duda, han decidido dar por probadas y, por ende, han renunciado a presentar pruebas sobre ese tema en particular.

Regla 2: el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano no permite estipular un testimonio, una necropsia u otra clase de dictámenes periciales, pues ello no implica dar por probado un determinado hecho o circunstancia, a lo que deben reducirse las estipulaciones, por expresa disposición legal.

Ejemplo: una cosa es que se estipule que el testigo X declaró que vio a Pedro disparar, y otra muy distinta que se estipule que Pedro disparó. Acordar que un testigo se refirió a un hecho en particular no implica dar por probado ese hecho. Cuando ello se presente, el juez debe intervenir para que las partes aclaren cuál es el hecho (o circunstancia) que se pretende dar por probado.

Regla 3: cuando un documento contiene declaraciones (como sucede con la necropsia y otros informes periciales), no es aceptable una estipulación acerca de que ese tipo de declaraciones existe. Las partes deben decidir si el hecho u

hechos a que hace alusión el perito se tendrán por probados. Si son varios (como suele suceder) debe especificarse sobre cuáles recae la estipulación. Por ejemplo: que la víctima presentaba una herida de tales características, ubicada en una específica zona del cuerpo, que la muerte se produjo a causa de dicha herida, entre otros.

Regla 4: lo expuesto previamente tiene como excepción la admisión (excepcional) de prueba de referencia. Según lo ha precisado la Sala, para que este tipo de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral puedan ser incorporadas como prueba, la parte interesada debe demostrar: **i)** la pertinencia de la declaración; **ii)** la causal de admisión de la prueba de referencia, a la luz de lo reglado en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, y **iii)** la existencia y contenido de la declaración anterior, lo que puede hacer con documentos, testimonios o cualquier otro medio, en virtud del principio de libertad probatoria que inspira este sistema de enjuiciamiento criminal (CSJAP 30 sep. 2015, [rad. 46153], entre otras). Los aspectos referidos en **ii)** y **iii)** podrían ser objeto de estipulación, como presupuestos factuales de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la aceptación —excepcional— de este tipo de declaraciones.

ASPECTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ESTIPULACIÓN PROBATORIA

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696)

Regla: pueden ser estipulados todos los temas de prueba delimitando así el objeto del debate.

Subreglas. Pueden ser estipulados probatoriamente los siguientes hechos:

1. Los hechos jurídicamente relevantes; esto es, cada uno los hechos que se adecúan a las hipótesis fácticas contenidos en las normas penales encargadas de delimitar cuando una conducta constituye delito. Por lo tanto, es posible estipular cualquiera de los hechos que se adecúan a los elementos del tipo objetivo, tipo subjetivo, antijuridicidad, culpabilidad o causales de ausencia de responsabilidad, sin que ello implique la aceptación de responsabilidad penal o su exclusión.

Ejemplo. Puede suceder que las partes estipulen que el procesado portaba una determinada cantidad de droga estupefaciente, porque tienen claro que el debate se contrae a si la sustancia estaba destinada al tráfico o al consumo personal. También, a manera de ilustración, en un caso de inasistencia alimentaria las partes pueden dar por probado el vínculo de parentesco, la consecuente existencia de

la obligación alimentaria y/o el incumplimiento de la misma, porque existe consenso en que el objeto de disputa es la existencia o no de una justa causa, en los términos del artículo 233 del Código Penal.

2. Uno o varios hechos indicadores; es decir, aquellos hechos de los cuales se pretende inferir un hecho jurídicamente relevante.

Ejemplo. En un juicio por prevaricato es posible que la fiscalía y la defensa estén de acuerdo en que el procesado tomó una determinada decisión, a partir de unos específicos elementos de juicio (pruebas, alegatos de las partes, entre otros), porque su intención es presentar diferentes análisis valorativos de esa realidad fáctica, como cuando se debate si el funcionario actuó dolosamente.

3. Los aspectos fácticos atinentes a la autenticación de evidencias o relativo a la pertinencia de las mismas; esto es, puede ser objeto de estipulación la mismidad del objeto, la ausencia de alteración del mismo, la identificación del objeto, la adecuada recolección, el conocimiento personal del testigo, los hechos que harían pertinente la evidencia solicitada, etc.

Ejemplo. La defensa puede estar dispuesta a aceptar que una determinada sustancia corresponde a sangre del acusado, mas no que la misma fue hallada en las prendas de vestir de la víctima. Asimismo, el cuchillo con el que se causó la muerte de la víctima, los 30 gramos de cocaína hallados en poder del procesado, el contrato de arrendamiento suscrito entre el acusado y el denunciante, etcétera (CSJSP, 31 ago. 2016, [rad. 43916]).

ASPECTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ESTIPULACIÓN PROBATORIA

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696)

Los anexos de la estipulación probatoria: la diferencia entre estipular los documentos como *objeto* y hacerlo como *soporte*.

1. Los documentos como **soporte** de la estipulación:
 - i) En estos casos la estipulación tiene como efecto principal sacar un determinado aspecto fáctico del debate probatorio (CSJ SP, 15 jun. 2016, [rad. 47666] y CSJ SP, 06 feb. 2013, [rad. 38975]; entre otras). Por ejemplo, se estipula que la víctima murió a causa de los disparos que recibió, y se aporta como *soporte* el respectivo dictamen médico legal.

- ii) En estos casos los documentos que constituyen el *soporte* de la misma **no pueden ser valorados**, pues el hecho estipulado se tiene ya por demostrado y en los documentos que se anexan solo se da fe de que lo acordado tiene algún soporte empírico más allá del simple consenso.

2. Los documentos como **objeto** de la estipulación:

- i) Se presenta cuando lo estipulado como hecho es la existencia misma de una evidencia y de su contenido, mas NO el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar con dicho documento. Por ejemplo, cuando en los casos de prevaricato, la fiscalía y la defensa dan por probado que el procesado emitió una determinada decisión, y que lo hizo a partir de una específica realidad procesal. En esos eventos, el documento contentivo de la decisión (sentencia, resolución, etcétera) ingresa como objeto de la estipulación (“**esta fue la decisión que el juez tomó**”), y lo mismo sucede con los documentos contentivos de las pruebas, los alegatos que en su momento presentaron las partes, etcétera (“**estos son los elementos de juicio con los que contaba**”).

Este tipo de estipulaciones suelen celebrarse por diversas razones, como cuando se trata de hechos difícilmente rebatibles y/o las partes tienen claro que el debate se reduce a los juicios valorativos orientados a establecer si la decisión tomada bajo esas condiciones puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, o las inferencias frente a los elementos estructurales del dolo, entre otras²⁶. En el mismo sentido, es posible que en un delito de falso testimonio las partes acuerden que el procesado rindió la declaración contenida en un determinado documento (por ejemplo, el registro oficial de la audiencia). En esos casos, el documento (registro) ingresa como objeto de la estipulación (“**esto fue lo que el procesado declaró**”).

- ii) En estos casos los documentos que constituyen el *objeto* de la estipulación probatoria **sí pueden ser valorados**, toda vez que lo único acordado fue que en verdad existen y que los mismos contienen la información allí alojada.

²⁶ En estos casos, las partes deben precisar cuáles partes del expediente resultan relevantes, para evitar el ingreso de documentación ajena al tema objeto de análisis (CSJ SP, 15 jun. 2016, [rad. 47666]).

LA VALORACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696).

Regla 1: si se dieron por probados uno o varios hechos jurídicamente relevantes, el juez debe constatar si se demostraron los otros presupuestos de la responsabilidad penal; es decir, si fueron probados más allá de toda duda razonable **i)** los hechos que se adecúan a cada uno de los elementos del tipo objetivo; **ii)** los hechos que se adecúan a cada uno de los elementos del tipo subjetivo; **iii)** los hechos que se adecúan a cada uno de los elementos de la antijuridicidad; **iv)** los hechos que se adecúan a cada uno de los elementos de la culpabilidad, y **v)** los hechos que se adecúan a cada uno de los requisitos doctrinal y jurisprudencialmente exigidos cuando se trata de formas especiales de aparición de la conducta punible y dispositivos amplificadores del tipo penal: tentativa, coautoría, autoría mediata en aparatos organizados de poder, determinación, complicidad, posición de garante en omisión impropia, etc.

Regla 2: si la estipulación recae sobre un “hecho indicador”, el juez podrá realizar las inferencias que considere procedentes, bien en atención al hecho estipulado, individualmente considerado, ora en asocio con otros datos demostrados durante el desarrollo probatorio. Ese tipo de ejercicios no implican la adición o tergiversación de la estipulación, tal y como lo plantea el impugnante.

Regla 3: en el mismo sentido, si las partes estipularon un componente de la autenticación de una evidencia física (por ejemplo, que se trata de sangre del acusado), el juzgador debe verificar si se demostraron los otros aspectos que la hacen pertinente (verbigracia, que fue hallada en las prendas de vestir de la víctima).

Regla 4: las estipulaciones no pueden desvirtuar la acusación ni dar lugar, en sí mismas, a la aceptación de responsabilidad penal.

Ejemplos de cómo valorar las estipulaciones:

- i) Si los documentos o declaraciones hacen parte del tema de prueba, estos pueden ser **objeto** de estipulación. A la luz de los ejemplos utilizados previamente, si a un médico se le acusa de haber consignado información falsa en una historia clínica o de haber emitido un dictamen que no consulte la realidad, esa historia clínica y ese dictamen hacen parte de los hechos jurídicamente relevantes, de la misma manera como lo sería una declaración en casos de falso testimonio, injuria o calumnia, o las lesiones, la muerte y la causa de la misma, en un caso de homicidio. En esos eventos, valga la repetición, si se da por sentado que ese fue el dictamen emitido por el procesado, ese hecho no podrá ser debatido durante el proceso.

- ii) No sucede lo mismo cuando la historia clínica o el dictamen constituyen medios de prueba de un hecho que haga parte del tema de prueba, como sucede, por ejemplo, con el dictamen del médico legista acerca de las lesiones y la causa de la muerte en un caso de homicidio. En esos eventos, la estipulación debe tener como objeto el número y características de las lesiones, la causa de la muerte, etcétera. Si logrado ese acuerdo probatorio la necropsia se presenta como “soporte de la estipulación”, la misma no podrá ser objeto de valoración y, bajo ninguna circunstancia, a partir de la misma pueden darse por probados hechos que no quedaron claramente cobijados con la estipulación. Así, por ejemplo, si las partes estipulan que la muerte tuvo como causa el disparo que la víctima recibió en la cabeza, y que afectó una específica parte del cerebro, y aportan como “soporte de la estipulación” el informe de necropsia, el juez no podrá auscultar la información allí contenida para buscar la prueba de otros hechos relevantes para el caso, como sucedería, por ejemplo, si concluye que de la descripción integral del cadáver se infiere que el mismo no presentaba heridas de defensa, o que en las prendas de vestir del afectado se hallaron evidencias que indican que tuvo desavenencias con el procesado.

LOS DEBERES DE LAS PARTES FRENTE A LAS ESTIPULACIONES

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y; SP5336-2019, 04 dic. 2019 (rad. 50696).

1. A las partes les corresponde asegurarse de que estos acuerdos cumplen los requisitos legales, entre los que se destacan su claridad y que tengan por objeto uno o varios de los hechos que integran el tema de prueba.
2. A la luz de los principios de lealtad y legalidad, las partes no pueden servirse de la ambigüedad de las estipulaciones para sacar avante sus pretensiones, entre otras cosas porque: **i)** un acuerdo probatorio poco claro es contrario a las normas que regulan esa figura; **ii)** la falta de precisión acerca de los hechos que quedaran por fuera del debate afecta la estructura del proceso, pues no puede delimitarse el objeto de controversia, de lo que depende la decisión sobre la admisibilidad de las pruebas, la pertinencia de los alegatos de las partes y el margen de decisión del juez; **iii)** la falta de claridad sobre los términos del acuerdo puede afectar los derechos de las partes e intervinientes, en cuanto puede determinar las solicitudes probatorias, la concreción de las estrategias, etcétera; y **iv)** nadie puede pretender beneficiarse de su propio dolo o de su propia incuria, y mucho menos en un ámbito que compromete tantos aspectos constitucionalmente relevantes como lo es el proceso penal.

EL ROL DEL JUEZ FRENTE A LAS ESTIPULACIONES

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019, (rad. 50696).

1. En materia de estipulaciones, la dirección del juez resulta fundamental para lograr que estos convenios cumplan su función de depurar el tema de prueba y, por tanto, de dinamizar el proceso. Visto de otra manera, el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso para evitar estipulaciones que: **i)** no se refieran a hechos, según lo explicado previamente; **ii)** sean ambiguas o contradictorias; **iii)** en sí mismas impliquen el fracaso de la pretensión punitiva o elimine las posibilidades de defensa, y **iv)** por cualquier otra razón resulten contrarias a los fines y la reglamentación de este tipo de convenios.

2. Cuando se presenten estos eventos, el juez debe ejercer las labores de dirección necesarias para aclarar el sentido y alcance de las estipulaciones, pues, en todo caso, debe procurarse la depuración del proceso, en orden a que su trámite sea más expedito, lo que constituye uno de los presupuestos para que la justicia sea pronta y eficaz.

3. En lo que concierne a la imposibilidad de que las estipulaciones impliquen, en sí mismas, el fracaso de la pretensión punitiva del Estado, el juez debe tener como referente la acusación, bajo el entendido de que esta constituye el componente principal del tema de prueba. En la misma lógica, debe estar atento a las consecuencias inherentes a estos acuerdos probatorios frente a las posibilidades de defensa, pues no podrá admitirlas cuando las mismas conduzcan irremediablemente a una condena.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS ESTIPULACIONES

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, 05 jul. 2017, (rad. 44932) y SP5336-2019, 04 dic. 2019 (rad. 50696).

Las estipulaciones que se ajustan a los requisitos legales

1. La estipulación **se ajusta al orden jurídico** si cumple las siguientes condiciones:
 - i)** No implica, en sí misma, que la acusación pierda fundamento, ni que el procesado quede sin posibilidades de defensa.
 - ii)** Si tiene como objeto uno o varios de los **hechos** integrantes del tema de prueba.

- iii) Si se expresa con total claridad, esto es, con certeza acerca del hecho que se suprime del debate.
- iv) Si no conlleva la afectación de derechos fundamentales.

2. Una estipulación en estos términos genera las siguientes **consecuencias**:

- i) Son impertinentes las pruebas relacionadas con el hecho estipulado.
- ii) Como son inadmisibles las pruebas orientadas a debatir el hecho estipulado, las partes no se pueden retractar de este tipo de acuerdos, porque privarían a su antagonista de demostrar ese aspecto factual objeto del acuerdo.
- iii) Si se permitiera la presentación de pruebas atinentes al hecho estipulado, el acuerdo carecería de sentido.

Ejemplo en caso de estipulación de hechos indicadores

1. Si la fiscalía cuenta con evidencia suficiente de que en la manija de la puerta de entrada al lugar donde ocurrió el hurto fue hallada una huella dactilar del acusado (la declaración del policial que hizo ese hallazgo y obtuvo la muestra del imputado para el cotejo, las evidencias físicas en mención, así como el dictamen a través del cual se estableció que las huellas corresponden a la misma persona), es posible que la defensa esté dispuesta a estipular ese hecho, porque considere que no afecta su estrategia (por ejemplo, planea presentar pruebas de que el procesado visitaba ese lugar con alguna frecuencia, por razones diferentes a su participación en el hurto, o explicar de alguna otra forma el dato en mención).
2. Se trata de un “hecho indicador” cuya demostración en juicio implicaría un desgaste significativo, pues se requeriría el testimonio del policial, la autenticación e incorporación de los elementos cotejados y la declaración del experto. Así, la estipulación podría tener una incidencia significativa en la simplificación del proceso.
3. Si se elabora una estipulación que reúna los requisitos ya mencionados, sus consecuencias serían las siguientes: **i)** no habría lugar a la práctica del testimonio del policial (salvo que existan otros temas que deban ser abordados con este testigo), no sería necesario introducir las evidencias físicas (las huellas utilizadas para el análisis) ni tendría que ser convocado el perito al juicio oral; **ii)** la defensa no podría retractarse de la estipulación, pues privaría a la fiscalía de presentar las pruebas que soportan ese aspecto factual, y **iii)** el juez no podría desconocer ese hecho, porque ello generaría el mismo efecto, esto es, privaría al acusador de presentar las pruebas inicialmente orientadas a ese propósito.

4. Aunque el juez no podría desconocer el referido “hecho indicador”, preserva todas las facultades para valorarlo, aisladamente o en conjunto con otros datos demostrados en el juicio. Sobre esa base, puede arribar a múltiples conclusiones: **i)** existen dudas sobre la forma como la huella llegó a la manija; **ii)** está demostrado que el procesado tocó la manija, y ello solo tiene como explicación su participación en el hurto; **iii)** está probado que el procesado tocó la manija, pero ello pudo ocurrir por razones diferentes a su participación en el hurto; **iv)** el dato está demostrado, pero es insuficiente para concluir, más allá de duda razonable, que el procesado participó en el hurto; etcétera.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS ESTIPULACIONES

Doctrina probable: AP5589-2016, 24 ago. 2016, (rad. 44106); SP9621-2017, rad. 44932, 05 jul. 2017; SP5336-2019, 04 dic. 2019 (rad. 50696).

Las estipulaciones ilegales

1. Una estipulación es contraria al ordenamiento jurídico en los siguientes eventos:
 - i) Cuando las estipulaciones implican, en sí mismas, el fracaso de la pretensión punitiva del Estado o anula las posibilidades de defensa al conducir irremediamente a una condena.
Al respecto, debe considerar que una estipulación que, en sí misma, determine el sentido de la decisión (porque descarte la acusación o prive de posibilidades de defensa al procesado), afecta la estructura del proceso, toda vez que: **a)** si lo que se pretendía era desestimar la acusación, el ordenamiento jurídico consagra diversos mecanismos (preclusión, absolución perentoria, etcétera), que establece un procedimiento orientado a garantizar los derechos de las víctimas, los controles asignados al Ministerio Público, etcétera; **b)** si el acuerdo probatorio implica necesariamente la condena, el mismo estaría reemplazando los mecanismos establecidos para la terminación anticipada de la actuación penal que, igualmente, dispone de mecanismos para garantizar los derechos de las partes e intervinientes, y **c)** cuando la estipulación tiene dicho alcance, en el fondo entraña la negación del proceso mismo, entendido como un escenario dialéctico —en cuanto se enfrentan dos posturas antagónicas— orientado a resolver sobre la responsabilidad penal.

- ii) Si carecen de claridad porque **a)** el objeto de la misma no es un hecho — indicador, jurídicamente relevante, atinente a la autenticación de una evidencia, etcétera—, y **b)** la estipulación admite dos o más interpretaciones —en cuanto al objeto del acuerdo—.

Los anteriores vicios pueden ocurrir por diversas razones, entre ellas: **a)** la forma como se redacta el acuerdo; **b)** la remisión a documentos que pueden contener información sobre múltiples aspectos factuales relevantes para el proceso, como suele suceder con las historias clínicas, los informes de necropsia, los informes presentados por los investigadores, entre otros, y **c)** la confusión que suele existir entre los documentos como “soporte” de la estipulación (por ejemplo, se estipula que la muerte ocurrió por el disparo en el corazón y se anexa la necropsia) y los documentos como objeto de la estipulación (como cuando se estipula que un determinado expediente fue el que tuvo ante sí el procesado cuando emitió la decisión tildada de manifiestamente contraria a la ley).

-
2. El juez deberá **valorar los siguientes aspectos** como parte del control que ejerza sobre las estipulaciones probatorias:

- i) La incidencia del acuerdo irregular en la solución del caso.
- ii) Las implicaciones para la estructura del proceso y para los derechos de las partes e intervinientes, de las decisiones que se tomen frente a las estipulaciones celebradas en contravía de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

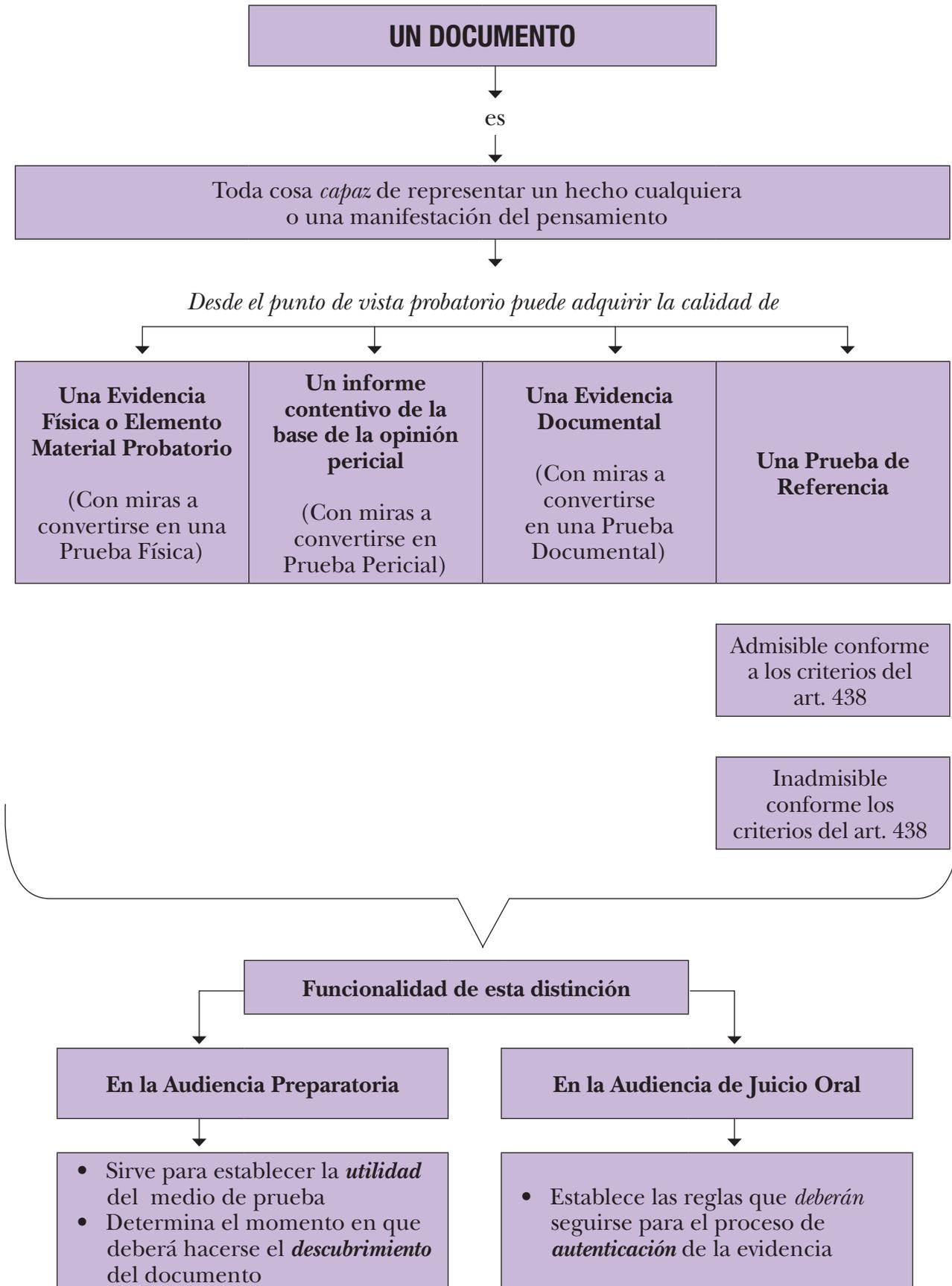
-
3. **Filtros** y acciones que deben realizarse:

- i) Inicialmente es a las partes a las que les corresponde estipular adecuadamente.
- ii) Si así no ocurre, entonces el juez ha de dirigir adecuadamente el proceso, en este caso para evitar el ingreso de estipulaciones que lo desestructuren o generen posteriores debates innecesarios.
- iii) Si todo lo anterior falla y tal situación da lugar a una estipulación ambigua, principalmente porque admite más de una interpretación plausible en cuanto a su sentido y alcance, el juez debe evaluar, entre otras cosas: **a)** la trascendencia del acuerdo probatorio para la solución del caso; **b)** la afectación de los derechos de las partes e intervinientes, derivada de asumir una de las interpretaciones posibles de la estipulación; **c)** pues no puede perderse de vista que, al estipular un hecho, las partes pierden la posibilidad de presentar pruebas, tal y como se explicó previamente, y **d)** asimismo, debe considerar que la ambigüedad de estos acuerdos les es imputable a ambas partes.
- iv) Una vez analizado el impacto de una estipulación contraria al ordenamiento jurídico, según las particularidades del caso, el juez debe decidir si es necesaria la anulación del proceso, lo que irremediamente debe estar atado al impacto del acto irregular en la estructura del proceso y en las garantías debidas a las partes e intervinientes.

CAPÍTULO VIII

ESTÁNDARES PARA EL USO DE LOS DOCUMENTOS EN EL JUICIO ORAL

Rosa Angélica Quintero Jaimes
Docente de la Universidad de Pamplona
Investigadora de la Universidad Libre de Cúcuta



TRATAMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DESDE SU OBTENCIÓN HASTA SU INCORPORACIÓN COMO PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Fuente jurisprudencial: AP948, 07 mar. 2018, (rad. 51882).

Reglas generales: i) verificación y delimitación de las hipótesis a cargo de la FGN; ii) determinación de lo que “la evidencia es”, según la hipótesis fáctica que la parte pretende defender en juicio; iii) la explicación de la pertinencia de un documento para su admisibilidad; la planeación de la forma en como los documentos se pueden incorporar en el juicio oral, y la incorporación como prueba de los documentos.

Parte I

Las obligaciones de la Fiscalía General de la Nación, asociadas a la incorporación de documentos, en el proceso de verificación y demostración de su teoría factual

1. La delimitación de la hipótesis incluida en la imputación y la acusación, y la relación que esta tendrá con los documentos a incorporar.

2. Expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, esto es, los supuestos fácticos que pueden subsumirse en las normas penales aplicables al caso, delimitando y verificando cómo estos o algunos de ellos podrían ser demostrados con los documentos recopilados.

3. Constatar que la hipótesis factual tiene un respaldo suficiente, en los términos establecidos en los artículos 286 y 336 de la Ley 906 de 2004, sin perder de vista su obligación de demostrarla más allá de duda razonable en juicio, para lo cual deberá verificar qué documentos le permitirán cumplir con dicho estándar.

4. En todo caso, deberá verificar que cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica tiene un respaldo suficiente en las evidencias y la información legalmente obtenida (esto implica determinar qué elemento del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad será demostrado con X o Y evidencia).

5. Cumplir todos los requisitos de admisibilidad de las pruebas y, en el caso de los documentos, tener en cuenta las reglas particulares que existen para la admisión de estos, v.gr., las que aparecen a partir del artículo 424 y siguientes del CPP.

6. Durante el juicio oral, debe asegurarse de que cada elemento estructural de su teoría fáctica encuentra respaldo suficiente en las pruebas practicadas. En el caso de los documentos, el fiscal debe tener la organización suficiente para explicarle al juez qué elemento estructural del delito aparece demostrado con determinado documento que fuera incorporado durante el juicio oral.
-
7. Lo anterior implica constatar que las evidencias físicas y documentos fueron debidamente autenticados e incorporados, que con cada testigo se abordaron todos los temas pertinentes, etcétera.

Parte II

Reglas para determinar el carácter documental de una evidencia

1. La determinación de lo que una evidencia es, depende básicamente de dos aspectos:
 - i) lo que ontológicamente es, como elemento físico, y
 - ii) la teoría que la parte ha construido en torno a ella.
-
2. Es relevante en este punto establecer si un documento se ofrece como medio de prueba o como tema de prueba.
-
3. La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán ante el juez. Por ello es tan importante que para la Audiencia Preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración (medio de prueba), lo que en últimas, entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de la prueba (**Doctrina probable:** CSJ SP 3332-2016, 16 mar.2016, [rad. 43866]; CSJ AP 5785-2015, 30 sep. 2015, [rad. 46153]; CSJ SP 14844-2015, 28 oct. 2015, [rad. 44056]).

Parte III
**Reglas generales que permiten determinar la posibilidad
de admisión de una evidencia documental**

1. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo.
2. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad).
3. Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.
4. Valga entonces reiterar que al explicar la pertinencia de un documento que contenga una declaración, la parte debe aclarar si la misma (la declaración contenida en el documento) constituye objeto de prueba o medio de prueba, y, en este último evento, deberá explicar por qué resulta admisible, bajo el entendido de que, por regla general, solo debe valorarse lo que el testigo declare en el juicio oral.
5. Para la planeación de la incorporación de los documentos en juicio oral debe establecerse si es necesario un órgano de acreditación (regla general) o si, por el contrario, puede incorporarse de manera automática (excepción contemplada para documentos públicos) en los casos permitidos. El testigo de acreditación solo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el art. 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada (SP 7732 -2017, 1 jun. 2017, [rad. 46278]).

Parte IV

Reglas para autenticación de una evidencia documental

Debe considerarse que para la autenticación de un documento durante el juicio oral —que es presupuesto de su admisibilidad (salvo que se trate de documentos públicos amparados por la presunción de autenticidad, según lo establecido en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 01 jun. 2017, [rad. 46728])— deben agotarse los siguientes trámites:

1. Establecer que el testigo tiene conocimiento personal y directo (art. 402 de la Ley 906 de 2004) que le permita declarar que el documento es lo que la parte aduce según su teoría del caso, lo que usualmente se denomina “sentar las bases”.

2. Una vez logrado lo anterior y previa autorización del juez, la parte le puede poner de presente el documento al testigo para su identificación, previa exhibición a su contraparte.

3. El testigo debe declarar sobre lo que el documento es.

4. Cuando lo considere pertinente, la parte puede solicitar la incorporación como prueba, lo que debe ser resuelto por el juez.

5. Una vez incorporado, el documento deberá ser leído o exhibido, tal y como lo dispone el artículo 431 ídem.

6. La dinámica de autenticación e incorporación de documentos durante el juicio oral requiere que exista suficiente claridad sobre lo que fue objeto de descubrimiento por cada una de las partes y, obviamente, sobre lo que fue decretado como prueba, pues solo de esa manera la parte contra la que se aduce el documento podrá constatar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que se descubrió y decretó.

7. **Excepción (documentos que se presumen auténticos):** la Corte —en sentencia CSJ SP 25 ene. 2017, (rad. 44950)— considera que el testigo de acreditación solo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción **pueden ser ingresados directamente por la parte interesada.**

Parte V
Planificación estratégica para el manejo de documentos y su relación con la pertinencia de los mismos

1. Cada documento debe ser debidamente identificado, lo que incluye la determinación del número de folios.
2. El hecho de que varios documentos se anexen a un mismo informe de Policía Judicial, no los convierte en una sola prueba.
3. Los documentos —y cualquier otra evidencia anexa a un informe policial— son independientes del informe mismo.
4. Deben considerarse las reglas sobre mejor evidencia, previstas en los artículos 433 y siguientes de la Ley 906 de 2004).

Parte VI
Usos del documento que ya se incorporó como prueba

1. Se puede usar durante el interrogatorio con el testigo de acreditación.
2. Se puede usar con otros declarantes.
3. Se puede usar para impugnar a los testigos de la contraparte, cuando resulte pertinente.
4. Se puede usar durante los alegatos de conclusión o clausura.
5. Se le puede dar lectura íntegra al documento o solo a la parte que interese, según la teoría del caso defendida.

Parte VII
Usos del documento que no tiene vocación probatoria

Refrescar memoria: mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque: **i)** la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); **ii)** la defensa (y

la fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y **iii)** el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.

Impugnar credibilidad: el artículo 393 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el contrainterrogatorio, dispone que para su ejecución “se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral”, contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como prueba (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la Audiencia Preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

REGLA DE LA MEJOR EVIDENCIA

Doctrina probable: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP6353-2015, 25 may. 2015, (rad. 39233); SP4316-2015, 16 abr. 2015, (rad. 43262) y SP15552-2016, 28 oct. 2016, (rad. 44124).

Definición: la regla de la mejor evidencia (art. 433 del CPP) aplica cuando se quiere usar un documento para probar el contenido del mismo. Esta regla requiere que se presente el original del mismo como mejor evidencia de su contenido. El documento público no está sometido a esta regla, así que se puede presentar en copia informal, por ejemplo, las escrituras públicas (CSJ SP, 26 ene. 2009, [rad. 31049] y CSJ AP 08 ago. 2012, [rad. 39416]).

Ampliación del concepto: el concepto de regla de mejor evidencia ha estado íntimamente ligado a los documentos en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, desde una perspectiva más amplia, el concepto es desarrollado en otros contextos, tal y como sucede con la prueba de referencia, en cuanto se asume que la declaración del testigo que presenció los hechos es mejor evidencia que el testimonio de quien escuchó el relato sobre ese acontecer fáctico (AP-948-2018. 07 mar 2018. [rad. 51882]).

Finalidad de la regla (AP-948-2018. 07 mar 2018. [rad. 51882]; CSJ AP, 08 nov. 2017, [rad. 51410]):

- i) Apunta a eliminar, en cuanto sea posible, los riesgos en la tergiversación o alteración de los medios de prueba, y facilitar el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

- ii) En lo concerniente a los documentos, la presentación del original permite la verificación de que el documento no ha sido mutilado o alterado de alguna forma (que hipotéticamente podría dificultarse cuando se presenta una copia), lo que, además, facilita el ejercicio de la contradicción.
- iii) Es trascendental para la racionalización del proceso penal, especialmente en el análisis de la utilidad de las pruebas, en los términos del artículo 376 de la Ley 906.

MANEJO DE DOCUMENTOS VOLUMINOSOS

Fuente Jurisprudencial: AP948-2018, 07 mar 2018, (rad. 51882).

1. Cuando se trata de documentos voluminosos, no es necesario que los mismos sean leídos o reproducidos en su integridad. Lo importante es que quede claro qué fue lo que se incorporó como prueba. De esta manera se garantiza la publicidad del proceso.
2. En el mismo sentido, cuando se trata de documentos voluminosos, o de múltiples documentos atinentes a una misma situación, que dificultan su incorporación y entendimiento en el juicio oral, la parte puede elaborar un resumen de los mismos, con los datos más relevantes, que puede ser incorporado a través del testigo que lo elaboró o de quien pueda dar fe de que corresponde a lo que la parte aduce. Por ejemplo, si se trata de 10 contratos diferentes, se puede elaborar un resumen con los datos más relevantes, bajo el entendido de que este documento no reemplaza las evidencias, pero facilita su entendimiento.
3. Una vez incorporado el documento voluminoso, podrá ser utilizado por las partes en sus alegatos, en los interrogatorios, contrainterrogatorios y por el juez en la sentencia.

CAPÍTULO IX

ESTÁNDAR SOBRE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA

Ronald Jesús Sanabria Villamizar
Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

CONSECUENCIAS PROCESALES Y PROBATORIAS DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Doctrina constitucional: CC. C-210-07; C-591-05.

Doctrina probable: CSJ. AP5220-2018 (53722); AP4336-2018 (53094); AP2399-2017 (2399) y SP9792-2015 (42307).

REGLA GENERAL. La aplicación de la regla de exclusión no afecta la validez del proceso. La expresión “nulas de pleno derecho” de manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita.

- i) **Regla de exclusión como criterio negativo de admisibilidad. Prohibición de admisión.** El elemento susceptible de exclusión no debe ser decretado por el juez de conocimiento en la Audiencia Preparatoria. Se busca impedir que el juzgador adquiera datos de prueba de ese elemento (véase estándar de admisión de prueba).
- ii) **Regla de exclusión como ineficacia demostrativa. Prohibición de valoración.** En caso de que el elemento de conocimiento sea decretado y posteriormente practicado en sede de la audiencia de juicio oral, el juez de instancia en sede de sentencia, o el de segunda al resolver la apelación, debe tener como inexistente la evidencia objeto de exclusión, y proceder a valorar el acervo probatorio restante: si no hay suficiente prueba para condenar la decisión, deberá ser absolutoria en atención al estándar probatorio (más allá de toda duda razonable) y la presunción de inocencia; si pese a la exclusión, aún existen elementos cognoscitivos suficientes, lo procedente es emitir sentencia condenatoria.
- iii) **Regla de exclusión como imposibilidad de uso: prohibición de utilización.** Los elementos de conocimiento susceptibles de exclusión carecen de cualquier utilidad jurídica: no pueden ser utilizados para impugnar credibilidad o refrescar memoria, o en sede de garantías para acreditar motivos fundados o inferencia razonable.

EXCEPCIÓN. Se declarará la nulidad del proceso cuando se haya presentado en el juicio una prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial; se enviará a otro juez distinto.

MOMENTOS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Doctrina probable: AP682-2019 (51263); AP4336-2018 (53094); SP12158-2016 (45619); auto 36562 (2012) y sentencia 26310 (2007).

- 1. Regla general: Audiencia Preparatoria.** La Audiencia Preparatoria es el escenario procesal ordinario para la discusión y aplicación de la regla de exclusión de prueba contemplada en el artículo 29 de la Constitución y en el artículo 23 del Código Procesal Penal (véase estándar de admisión de prueba).
- 2. En audiencia de juicio oral, segunda instancia y casación.** También se podrá solicitar y aplicar la regla de exclusión de prueba en el trámite del juicio oral, en sede de segunda instancia y en sede de casación. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es viable el estudio de exclusión de un elemento de conocimiento excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.
- 3. En audiencia preliminar.** Si bien es cierto que la jurisprudencia ha sentado la tesis que la regla de exclusión es competencia del juez de conocimiento en Audiencia Preparatoria, y no del juez de garantías en preliminares, debe tenerse en cuenta que no en pocas ocasiones se requiere la demostración de hechos bajo estándares de conocimiento especiales (inferencia razonable para imponer medida de aseguramiento; motivos fundados para evaluar la legalidad previa y posterior de un acto de conocimiento, la apariencia de buen derecho para imponer medidas cautelares reales).

Por lo anterior, en atención a que las garantías constitucionales no pueden estar condicionadas a un momento procesal, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el juez de control de garantías puede aplicar la regla de exclusión de evidencia, pero esta decisión solo tendrá efectos al interior de la audiencia preliminar en donde se aplique, sin que le sea oponible al juez de conocimiento en Audiencia Preparatoria.

LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Criterio auxiliar: sentencia 30711 (2009).

Caso análogo: AP1465-2018 (52320).

La legitimación para pedir la exclusión dimana de dos situaciones perfectamente diferenciadas: **i)** la calidad de imputado o indiciado, o **ii)** la titularidad de la expectativa razonable de intimidad frente al bien objeto del registro. Lo anterior, sin perjuicio de que concurren los dos presupuestos.

Lo anterior guarda armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 591 de 2005, en cuanto dejó sentado que cuando se trata de graves afectaciones de derechos fundamentales puede haber lugar a la nulidad de la actuación, por la inoperancia de los controles judiciales, lo que, obviamente, riñe con la idea de que solo la persona afectada directamente con el acto de investigación está legitimada para pedir la exclusión.

En síntesis, el indiciado, imputado o acusado está legitimado para solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas a partir de un acto de investigación que afectó los derechos de terceros.

PRESUPUESTOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Doctrina probable: AP1465-2018(52320) y AP948-2018 (51882).

1. Enunciación de las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de estas.
2. Identificación del derecho o la garantía que se reputa violada.
3. Cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera.
4. Explicar en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad.
5. Debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en el artículo 29 de

la Constitución Política y el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales.

PRESUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Doctrina probable: CSJ. SP1036-2018 (43533); AP1140-2017; SP10303-2014 (43691); sentencia 36433 (2011); sentencia 18103 (2005) y sentencia 18451 (2004).

En caso de **pruebas ilícitas**. La prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales. Ella puede tener su génesis en varias causalidades, a saber:

- i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana, esto es, efecto de una tortura, constreñimiento ilegal, constreñimiento para delinquir o de un trato cruel, inhumano o degradante.
- ii) Asimismo, la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad, al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos, por violación ilícita de comunicaciones, por retención y apertura ilegales de correspondencia, por acceso abusivo a un sistema informático o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial.
- iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio, de un soborno o de un soborno en la actuación penal o de una falsedad en documento público o privado.

En caso de **pruebas ilegales**. La prueba ilegal se genera cuando en su recaudo, producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 de la Constitución Política.

Bajo esta modalidad, le corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.

En caso de **pruebas reflejas o derivadas**.

- i) El medio de persuasión principal fue obtenido de forma sustancialmente ilegal o con violación de las garantías fundamentales.
- ii) Existe un vínculo fuerte de antijuridicidad entre ese elemento de convicción ilícito o ilegal y la prueba derivada que se tacha también de inválida porque la ilicitud o ilegalidad de la prueba originaria trasciende por su intensidad y nexo causal a la subsecuente.
- iii) Ninguno de los criterios doctrinales y jurisprudenciales dominantes de desconexión entre una y otra prueba operó en el caso particular.

CIRCUNSTANCIAS QUE NO GENERAN LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA: PRUEBA IRREGULAR

Doctrina probable: CSJ. AP2257-2018 (49592); SP1862-2019 (48498); SP12158-2016 (45619); sentencia 31073(2009) y sentencia 18103(2005).

Tanto la **prueba ilícita** como la **prueba ilegal**, así como las que se deriven de ellas (**prueba derivada**), generan la aplicación de la regla de exclusión.

Contra la **prueba irregular** no procede la regla de exclusión.

Por **prueba irregular** se entiende aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba; esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley, sin que la regla pretermitida implique una afectación sustancial al derecho fundamental del debido proceso.

Teniendo en cuenta el tipo de regla omitida y la magnitud de la transgresión, la prueba irregular puede generar los siguientes efectos: **i)** rechazo en el auto de pruebas de Audiencia Preparatoria (sobre estas dos figuras, remítase al estándar de admisión de prueba), o **ii)** la disminución del valor probatorio en la sentencia.

TRÁMITE PARA RESOLVER LAS SOLICITUDES DE EXCLUSIÓN DE EVIDENCIA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Doctrina probable: CSJ. AP948-2018 (51882) y AP1465-2018 (52320).

Los debates sobre exclusión, en los términos previstos anteriormente, tienen una específica base fáctica, que es sustancialmente diferente de los hechos que conforman el tema de prueba en lo que atañe a la responsabilidad penal. En esencia, en los casos de exclusión se trata de dilucidar los aspectos referidos previamente, entre los que se destacan la trasgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y las evidencias cuya exclusión se pretende.

El juez no puede tomar la decisión de exclusión sin que se genere el escenario procesal para adelantar el respectivo debate, porque ello puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales. Ello no implica, según se anotó, adelantar trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia. Lo que se espera es que el juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, célere y sustancial, y tome las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna.

En el anterior contexto, debe aclararse que la defensa tiene la posibilidad de solicitar el descubrimiento de una determinada orden impartida a la Policía Judicial, cuando ello resulte relevante para analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos. Aunque esas órdenes no constituyen evidencia del tema de prueba del juicio oral (la responsabilidad penal del procesado), estas pueden ser trascendentes para discutir la procedencia de la figura prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la defensa tendrá la carga de explicar por qué es importante ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento.

ALEGACIÓN EN CASACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA

Doctrina probable: CSJ. AP1500-2019(52991); AP5220-2018 (53722); AP4336-2018 (53094); AP4250-2018(48098) y AP834-2018(50912).

En el caso de que el fallo se haya basado en prueba ilícita obtenida por tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial: se alega causal segunda (art. 181 del CPP).

Lo anterior por cuanto, según los lineamientos de la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, este tipo de prueba ilícita genera la nulidad de toda la actuación e impone el desplazamiento de los funcionarios que hubiesen conocido de la misma.

En el caso de que el fallo se haya basado en **prueba ilícita** o ilegal: se alega causal tercera (art. 181 del CPP), error de derecho, falso juicio de legalidad.

Lo anterior por cuanto la apreciación de un elemento de convicción que ha sido incorporado de manera irregular, es decir, con violación de las garantías fundamentales (prueba ilícita) o con transgresión del rito consagrado para su producción y aducción (prueba ilegal), comporta acudir a la causal tercera y denunciar un error de derecho por falso juicio de legalidad, en orden a obtener, no la nulidad de lo actuado, sino la exclusión del elemento que se afirma ilícito o ilegal del conjunto probatorio.

En este evento, el censor tiene el deber de evidenciar que, eliminada la prueba aducida —sin las formalidades señaladas por la norma que gobierna su incorporación al proceso— el sentido de la decisión es estructuralmente distinto, debido a que los medios probatorios restantes no alcanzan a cimentar la sentencia impugnada.

En el caso de que el fallo se haya basado en **prueba irregular**: se alega causal tercera (art. 181 del CPP), error de hecho, falso juicio de raciocinio.

Lo anterior por cuanto en estos casos no se afecta la validez del proceso, tampoco se presenta una violación al debido proceso probatorio, sino que la irregularidad en la obtención o producción de la prueba puede tener efectos exclusivamente en su valor probatorio. Un ejemplo de estos casos es la inobservancia de los protocolos de cadena de custodia.

CAPÍTULO X

ESTÁNDARES SOBRE LOS GRADOS DE CONOCIMIENTO PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

José María Peláez Mejía
Docente Investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Juan Camilo Páez Jaimes
Investigador Invitado
Universidad Libre de Cúcuta

Rosa Angélica Quintero Jaimes
Docente de la Universidad de Pamplona
Investigadora de la Universidad Libre de Cúcuta

I. ¿QUÉ ES EL ESTÁNDAR DE CONOCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE?

Doctrina probable: CSJ SP5295-2019, 04 dic. 2019, (rad. 55651); CSJ SP4158-2019, 02 oct. 2019, (rad. 53936); CSJ SP291-2018, 21 feb. 2018, (rad. 48609); CSJ SP3168-2017, 08 mar. 2017, (rad. 44599); CSJ SP282-2017, 18 ene. 2017, (rad. 40120) y CSJ SP1467-2016, 12 oct. 2016, (rad. 37175).

Es el grado de conocimiento que el ordenamiento jurídico le exige al juez para emitir un sentido del fallo (y por ello una sentencia con el mismo carácter) **condenatorio**.

Aplicación: la consecuencia jurídica necesaria, cuando se configura la duda razonable, es la emisión de un sentido del fallo absolutorio; lo anterior, debido a que el juzgador cuenta con una presunción de hecho: la inocencia del acusado que, solamente se puede predicar desvirtuada con un grado de conocimiento correspondiente al de más allá de toda duda razonable; al no encontrar tal baremo superado, la consecuencia jurídica vendría siendo el mantenimiento del estatus jurídico inicial.

Aspectos básicos para determinar cuándo se presenta la duda razonable:

Regla 1: la duda razonable se configura cuando existen hipótesis alternativas a la hipótesis acusatoria, las cuales involucran la absolución²⁷.

Subreglas que precisan la regla 1. Para el reconocimiento de la hipótesis alternativa, se han exigido los siguientes requisitos:

- i) Debe plantearse como una hipótesis seria y razonable, no cualquier minúscula variación es suficiente para que se reconozca su existencia.
- ii) Al ser los hechos jurídicamente relevantes los que configuran la hipótesis acusatoria, es sobre la ausencia de estos mismos que debe plantearse la hipótesis alternativa; es decir, la discusión de un simple hecho indicador, que no afecte el hecho jurídicamente relevante, resultaría inane.
- iii) Para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es necesario que la misma se acredite. Sin embargo, no se exige un estándar de conocimiento

²⁷ Existen hipótesis alternativas punibles y no punibles; es decir, proposiciones fácticas que no hacen parte de la hipótesis acusatoria, pero que surgen como plausibles, a partir de la valoración de las pruebas practicadas; en ambos casos la solución es la misma: absolución. Frente a la hipótesis alternativa no-punible la solución es simple: no constituye delito; pero frente a la hipótesis alternativa punible, debe recordarse que, en virtud de la exigencia de congruencia fáctica entre imputación, acusación y sentencia, sería incorrecto que el juzgador se pronunciara sobre ellos, a través de un sentido del fallo diferente al absolutorio.

para su reconocimiento, esto quiere decir que no es necesario que la defensa ofrezca una hipótesis alternativa en un grado de conocimiento determinado, basta para ello la acreditación de su plausibilidad, que requerirá de un respaldo probatorio.

- iv) Por lo anterior, la proposición de hipótesis fácticas alternativas se convierte en tema de prueba, y es por ello que suele ser descrito dentro de los criterios a tener en cuenta en la configuración de los hechos jurídicamente relevantes, que en algunos casos puede corresponder a la defensa para la correcta estructuración de una hipótesis defensiva.

Regla 2: la duda razonable puede presentarse frente a la ocurrencia de la conducta punible o la responsabilidad del imputado.

Subreglas que precisan la regla 2. Lo anterior quiere decir que puede existir duda razonable sobre:

- i) Cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva, de forma individual o en conjunto.
- ii) Cada uno de los elementos de la tipicidad subjetiva; un ejemplo práctico puede ser aquel en el que existe duda sobre el conocimiento de la edad de la víctima en un delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años.
- iii) La configuración de una causal de justificación. Caso reconocido en la sentencia CSJ SP291-2018, (rad. 48609).
- iv) La totalidad de ausencias de responsabilidad contempladas en el artículo 32 del Código Penal colombiano.

OPCIONES JURÍDICAS DEL ABOGADO DEFENSOR PARA PRESENTAR SU TEORÍA DEL CASO

Criterio auxiliar: CSJ, 26 oct. 2011, (rad. 36357) y CSJ SP19617-2017, 23 nov. 2017, (rad. 45899).

1. Presentar como mínimo una teoría del caso y enfocar todos sus esfuerzos durante el desarrollo del juicio para demostrarla y a la vez defenderla de la crítica.
2. No ofrecer explicación alguna y decidirse en el transcurso de la audiencia por una de las varias estrategias metodológicas que haya preparado (incluida la teoría que en un principio hubiera preferido exponer), a fin de controvertir

como crea conveniente las proposiciones tanto empíricas como jurídicas que fuera introduciendo la contraparte.

3. Exponer una determinada teoría del caso, sin perjuicio de retirarla, modificarla, condicionarla, adicionarla o replantearla como lo dicten las circunstancias, de acuerdo con el devenir de cada asunto.
4. No presentar ni construir hipótesis alguna, limitándose a cuestionar el alcance de las pruebas del acusador, evidenciar la falta de solidez de los argumentos o destacar las inconsistencias de su postura (aunque esto sería recomendable solo cuando la labor de la fiscalía fuese muy deficiente).
5. Todas estas situaciones suponen, a pesar del silencio al que puede optar la defensa en relación con la presentación de teorías, una gestión positiva, acuciosa y diligente a la hora de refutar las tesis de la parte fiscal y de argüir las propias, tal como lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Sala como de la Corte Constitucional en múltiples fallos.

DECISIONES QUE DEBE TOMAR EL JUEZ ANTE LAS DISTINTAS FORMAS DE ENFRENTAMIENTO DE LAS TEORÍAS DEL CASO DE LAS PARTES

Criterio auxiliar: CSJ, SP4158-2019, 02 oct. 2019, (rad. 53936) y CSJ, 26 oct. 2011, (rad. 36357).

1. La fiscalía tiene el deber ineludible de demostrar la realización de la conducta punible, así como la participación y la responsabilidad del procesado. En otras palabras, su obligación consiste en presentar una teoría del caso idónea para tal fin, de la cual no sea posible advertir o descubrir algún tipo de error fáctico o jurídico inmanente. Si esto último ocurre, la actividad del defensor puede reducirse a criticar las proposiciones de hecho y de derecho que integran la hipótesis acusatoria, así como las aserciones de prueba de las cuales surgió, como se indicó previamente.
2. Aun en la eventualidad de sostener una teoría de acusación sólida, coherente, que ofrezca una explicación de lo sucedido y carezca de contradicciones, si la defensa hace otro tanto (esto es, si expone una teoría exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la fiscalía, al igual que la de los demás sujetos que intervienen en la actuación y, en todo caso, la del juez), debe aplicarse el *in dubio pro reo*. En otras palabras, el funcionario no podría llenar los vacíos de ninguna, ni mucho menos decidir cuál de las dos hipótesis considera más ajustada a la realidad de

los hechos, pues dada su coexistencia (es decir, la refutación externa, no interna, de cada una de las teorías) el conocimiento lógico-objetivo de la imputación siempre estará impregnado por una “duda razonable”.

3. Si tanto la teoría del organismo acusador como la de la defensa en realidad no resuelven el problema (bien sea porque no demostraron lo prometido, o porque las proposiciones empíricas y jurídicas de ambas partes fueron insuficientes, irrelevantes, equívocas, falaces, etc.), también opera la presunción de inocencia.
4. Con mayor razón, cuando la crítica halla en la tesis acusatoria errores que la desacreditan, pero en la teoría absolutoria de la defensa no, la garantía debe aplicarse. Es más, en una situación así, no cabe hablar de duda, sino de la inocencia del procesado.
5. Por último, solo cuando la teoría de la parte fiscal sobrevive el enfoque crítico, mientras que la del defensor es derrotada, sería viable hablar de conocimiento o convencimiento para condenar.

LO QUE DEBE HACER EL JUEZ SI ENCUENTRA UNA TERCERA TEORÍA NO PLANTEADA POR LAS PARTES

Criterio auxiliar: CSJ, SP4158-2019, 02 oct. 2019, (rad. 53936) y CSJ, 26 oct. 2011, (rad. 36357).

1. Verificar que resista el enfoque crítico (ya sea porque lo convenció una de las intervenciones o porque es de su propia evaluación).
2. Si se trata de una tesis absolutoria, hará prevalecer la presunción de inocencia por encima de cualquier resultado del debate entre las partes (aun en el evento de que la teoría de la defensa solo tuviese como propósito degradar la responsabilidad —por ejemplo, probar que la conducta fue culposa en lugar de una dolosa—).
3. Si es una hipótesis condenatoria, esta será relevante cuando la defensa haya incumplido las cargas procesales que le asisten, incluso si la fiscalía no demostró su teoría del caso. En tales eventos, el funcionario judicial observará que las nuevas aserciones no conduzcan en la práctica a exceder los términos de la acusación (en lo que al núcleo fáctico y los cargos jurídicos atañe). Únicamente así, podrá proferir fallo de condena.

II. REGLAS GENERALES ACERCA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. **Límites:** la apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se encuentra limitada [SP4316-2015, abr. 16 2015 (rad. 43262); SP6353-2015, may. 25 de 2015 (rad. 39233); SP32863-2010, feb. 3 de 2010; SP, SP 28432-2007, dic. 5 de 2007].
 - a. Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia) ni tampoco es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad).
 - b. Por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio.
 - c. Por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción).
 - d. Por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (juicio de legalidad).

2. **Orden lógico de valoración.** Las pruebas se deben valorar:
 - a. De manera individual.
 - b. En conjunto, teniendo en cuenta la totalidad del contexto.

3. **Deber de motivación:** en la sentencia debe explicitarse (SP, 2 oct. 2016, [rad. 53936]; SP3477-2019, 27 ago. 2019, [rad. 45367] y SP, 13 ago. 2013, [rad. 39645]):
 - a. Los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral (art. 162, num. 4 del CPP).
 - b. Las razones por las que se otorga credibilidad a algunos elementos y por qué se les resta a otros.

SANA CRÍTICA: REGLAS PARA SU APLICACIÓN

Concepto: es uno de los sistemas de libre valoración de la prueba a través del cual, para satisfacer la persuasión racional exigida, se le impone al juzgador no solo la apreciación individual y en conjunto de las pruebas, sino también la motivación y exposición siempre razonada del mérito que le asigne a cada una de ellas.

Criterio auxiliar: CSJ, SCP. 29374, 07 jul. 2008.

Formas de aplicación. La sana crítica se compone de:

1. Principios de la lógica.
2. Leyes de la ciencia.
3. Máximas de la experiencia.

Doctrina probable: CSJ SP2667-2019, 17 jul. 2019, (rad. 49509); CSJ SP1714-2019, 15 may. 2019, (rad. 45718) y CSJ SP282-2017, 28 ene. 2017, (rad. 40120).

MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Doctrina probable: CSJ SP4329-2019, 09 oct. 2019, (rad. 50825); CSJ SP 1467, 12 oct. 2016, (rad. 37175); CSJ. SCP. AP888-2015, 25 feb. 2015 (rad. 42236); CSJ SP, 21 nov. 2002, (rad. 16472) y CSJ SP, 19 nov. 2003, (rad. 18787).

1. **Concepto:** son todas aquellas “generalizaciones que se hacen a partir del cumplimiento estable e histórico de ciertas conductas similares”. (SP4923-2017, abr. 5. 2017, [rad. 48352]).
2. **Formulación:** para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: **siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.**
3. **Estructura y alcance:**
 - a. Se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que se llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.
 - b. La base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre

acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

- c. Para su configuración, deben tenerse en cuenta los principios de universalidad y generalidad que indican, respectivamente, que cualquier persona promedio estaría de acuerdo con la formulación propuesta, y que no hacen parte de una experiencia meramente personal.
- d. Las máximas de la experiencia deben formularse a partir de hechos que tengan un soporte probatorio en el proceso, resulta incorrecto formular máximas de la experiencia a partir de hechos base no acreditados.

4. Consecuencias de su inaplicación:

- a. La configuración de un falso raciocinio. No obstante, el punto de partida formal para analizar la incursión en falso raciocinio, por desconocimiento de las máximas de la experiencia, es la formulación de una proposición con estructura de regla, apta para ser aplicada con pretensión de universalidad. Solo a partir de tal referente de valoración es dable verificar si, al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso por oponerse al ordinario acontecer de la vida en sociedad.
- b. La sola elaboración de máximas, a partir de hechos no admitidos por las instancias, carece de idoneidad para desvirtuar el valor de verdad de las conclusiones fácticas de los fallos.
- c. Lo anterior implica que, cuando en casación es planteado un error de hecho por falso raciocinio, derivado de la transgresión de una regla de la experiencia, el objeto de la crítica por parte del demandante no puede ser la propuesta de una máxima que pretenda desvirtuar el acontecimiento fáctico reconocido en el fallo materia de impugnación, sino la misma elaboración teórica de la cual el cuerpo colegiado se valió para inferir la existencia de otro, a partir de la prueba de un determinado suceso.

PRINCIPIOS TÉCNICO-CIENTÍFICOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Doctrina probable: CSJ SP4329-2019, 09 oct. 2019, (rad. 50825); CSJ SP1786-2018, 23 may. 2018, (rad. 42631); CSJ SP, 06 mar. 2013, (rad. 39559) y CSJ, SP. 39451, 22 ago. 2012.

1. **Definición:** las leyes de la ciencia están constituidas por el “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales” (RAE, 2001), por cuya razón, como ha tenido oportunidad también de señalarlo la Corte:

Para que el sistema de conocimientos en un área de la ciencia deduzca una ley o un principio con carácter universal, requiere que los métodos cognoscitivos dirigidos a ese fin encuentren fundamento en conceptos exactos, cuya veracidad sea comprobable y demostrable a través de la práctica social o científica.

2. Estructura y alcance:

- a. Tales leyes de la ciencia permiten su explicación y comprensión en sus distintos ámbitos, a partir del cómo y el por qué un hecho se realiza de determinado modo, pues su función no se reduce simplemente a su registro y acumulación de datos.
- b. Para que el sistema de conocimientos en un área de la ciencia deduzca una ley o un principio con carácter universal, los métodos cognoscitivos dirigidos a ese fin deben encontrar fundamento en conceptos exactos, cuya veracidad sea comprobable y demostrable mediante métodos aceptados y estandarizados.
- c. En las denominadas ciencias naturales (física, química, etc.), las leyes son aserciones de carácter general y universal para realizar predicciones a partir de enunciados particulares, conocidos como condiciones iniciales. En sus formulaciones no matemáticas, se ajustan a proposiciones del tipo “cada vez que se da A, entonces se presenta B”.
- d. Para su válida formulación se requiere cumplir con los principios (requisitos) de *universalidad*, *síntesis*, *verificabilidad* y *contrastabilidad*.
 - i. El último requisito, denominado contrastabilidad, también recibe el nombre de falsabilidad, refutabilidad o falibilidad y alude a la facultad de confrontar la teoría de la cual se predica su científicidad con la experiencia.
 - ii. Es usado a la hora de “desestimar” la naturaleza científica de una aserción, partiendo de un planteamiento sostenido desde el año 2013 y es que “es precisamente la posibilidad de ser refutada por la experiencia la que delimita el carácter científico o metafísico de una tesis” (CSJ SP, 03 mar. 2013, [rad. 39559], reiterado en las decisiones anteriormente señaladas).
- e. Es científico todo enunciado que sea contrastable con el mundo empírico, es decir, que haya sido confrontado mediante experimentos sin llegar a ser refutado.

PRINCIPIOS DE LA LÓGICA

Doctrina probable: CSJ, SCP. SP12901-2014, 24 sep. 2014, (rad. 42606) ; 5 jun 2013 rad, (34134); CSJ, SCP. AP310-2016, 27 ene. 2016; 21 ene. 2015, (rad. 44041) y CSJ SP, 19 nov. 2003, rad. (18787).

1. **El concepto de lógica:** la lógica concierne a la corrección del proceso completo del pensamiento. Tal disciplina comprende, entonces, el estudio de los métodos y principios que se usan para distinguir el razonamiento bueno (correcto) del malo (incorrecto). Los errores de razonamiento, en términos de lógica formal, se denominan falacias, o silogismos aparentes o sofisticos, los cuales no implican cualquier yerro en el raciocinio o una idea falsa, sino errores típicos en las relaciones lógicas entre las premisas y la conclusión.

2. **Concepto de leyes de la lógica:** son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional.

3. **Principios de la lógica:** se contraen al de identidad, esto es, A es A; al de no contradicción, valga decir, B no es “no B”; al de tercero excluido, que estriba en que C es forzosamente D o “no D”, razón suficiente, según el cual, para aceptar un enunciado como verdadero debe estar sustentado en una razón que justifique el que sea de la forma en que está propuesto y no de otra diferente.

PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

Doctrina probable: AP4115-2019, 25 sep. 2019²⁸, (rad. 54436); CSJ, SCP. AP6538-2016, 28 sep. 2016; SP3006-2015, (rad. 33837), 18 mar. 2015, 13 feb. 2008, (rad. 21844) y CSJ SP, 12 sep. 2012, (rad. 36824).

1. **Definición:** proclama que ninguna enunciación puede ser verdadera sin que exista un motivo apto o idóneo para que sea así y no de cualquier otra manera.
2. **Alcance:**
 - a. Para aceptar como verdadera una enunciación, debe estar sustentada en una razón apta o idónea que justifique el que sea de la forma en que está propuesta y no de manera diferente; este principio se refiere a la importancia de establecer la condición o razón de la verdad de una proposición.

²⁸ A pesar de ser un auto de inadmisión de la demanda de casación, se enlista debido a que la razón de la decisión fue precisamente que, contrario a lo pretendido por el libelista, surgía claro el principio de razón suficiente en las decisiones adoptadas por las correspondientes instancias, en ella recopiló su concepto y alcance

b. No todo enunciado, ya sea de índole fáctica o jurídica, exige una condición del mismo tipo para concluir su correspondencia con lo verdadero. De lo contrario, el principio de suficiencia llevaría, en todos los eventos, a una regresión infinita, esto es, a que cada proposición, explicativa de otra, demande a su vez una que la justifique. Son las circunstancias del asunto las que, desde la perspectiva de lo razonable, determinarán el debate acerca de “la aptitud o idoneidad del contenido del medio probatorio como fundamento que bastase para predicar la verdad del enunciado”. SP3006-2015, mar. 18 2015. [rad. 33837])

3. **Diferencia con los demás principios de la lógica:** mientras que el principio de no contradicción (al igual que otros principios de la lógica como los de tercero excluido e identidad) se refiere a la correcta forma de razonar desde un punto de vista formal, el de razón suficiente concierne de manera directa al contenido del objeto de conocimiento o, mejor dicho, al fundamento de verdad de los enunciados que se predicen, por lo que tendría más vínculos con la epistemología que con la lógica de cuña aristotélica.

PRINCIPIO LÓGICO DE NO CONTRADICCIÓN

Doctrina probable: SP79-2019, 13 mar. 2019, (rad. 45058); SP258-2019, 06 feb. 2019, (rad. 49814); SP5290-2018, 05 dic. 2018, (rad. 44564) y CSJ SP, 13 feb. 2008, (rad. 21844).

1. **Definición:** de conformidad con el principio lógico de no contradicción es imposible, en efecto, que un mismo atributo se dé y no se dé simultáneamente en el mismo sujeto y en un mismo sentido (con todas las demás puntualizaciones que pudiéramos hacer con miras a las dificultades lógicas).

2. **Utilidad:** permite valorar como no verdadero todo lo que encierra una contradicción, en la medida en que, respecto de un tema y situación idénticos, es imposible afirmar que algo sea y no sea de manera simultánea.

3. **Reglas para su aplicación:** el principio de no contradicción supone dos limitaciones cuando trata de enunciados de hecho:

- a. La simultaneidad de los enunciados.
- b. La identidad del sujeto del cual se predica algo.

PRINCIPIO LÓGICO DE TERCERO EXCLUIDO

Doctrina probable: CSJ AP3637-2018, 29 ago. 2018, (rad. 52073); CSJ SP1038-2018, 11 abr. 2018, (rad. 49433) y CSJ AP8014-2017, 29 nov. 2017.

1. **Definición:** según este principio “una tercera cosa no se da”, por cuanto, la disyunción de una proposición y su negación es siempre verdadera, sin permitir fórmulas intermedias.

2. **Reglas para su aplicación:** cuando se advierte que existen dos premisas con diversos contenidos siendo uno o alguno de ellos contradictorio u opuesto al contenido de la otra, es claro que respecto de ese contenido o contenidos contradictorios específicos, en aplicación del principio lógico esgrimido por el actor, no es viable construir afirmaciones diversas a las enfrentadas, pues una de ellas es cierta, lo que sí puede ocurrir con los aspectos que no son contradictorios.

3. **Estructura:** se explica bajo la estructura “Todo objeto tiene que ser necesariamente X o no X”; esto quiere decir que no hay intermedios o casi-X o semi-X; prohibiéndose con ello toda proposición oximorónica en el lenguaje valorativo.

PRINCIPIO LÓGICO DE IDENTIDAD

Doctrina probable: CSJ AP3425-2019, 06 ago. 2019, (rad. 51618); SP581-2019, 27 feb. 2019, (rad. 48757); SP973-2019, 20 mar. 2019, (rad. 50396); SP8162-2014, 25 jun. 2014 y CSJ, SCP. 37370, 06 dic. 2012.

1. **Definición:** según este principio, una cosa solo es idéntica a sí misma o en su formulación lógica que “A es A”; lo que quiere decir que A no puede ser B o C, o cualquier variable posible.

2. **Reglas para su aplicación:**
 - a) La utilización indebida o falta de utilización del principio lógico de identidad para valorar la prueba, cuando se requiera, puede traer como consecuencia un falso raciocinio.
 - b) La vulneración del principio lógico de identidad también puede implicar un defecto argumentativo de la sentencia en aspectos diversos como el razonamiento jurídico, lo que podría conducir a defectos distintos como por ejemplo la violación directa de la ley sustancial.

- c) Finalmente, la tergiversación, cercenamiento o adición de un medio de una prueba implica vulnerar el principio lógico de identidad cuyo defecto, como no es de valoración, sino de onticidad se ataca como falso juicio de identidad. En otras palabras, el juzgador incurre en un falso juicio de identidad cuando, al aprehender el contenido de un medio de prueba:
- i) Le recorta apartes trascendentes de su literalidad (falso juicio de identidad por cercenamiento).
 - ii) Adiciona circunstancias fácticas ajenas a su texto (falso juicio de identidad por adición).
 - iii) Transforma o cambia el sentido fidedigno de su expresión material (falso juicio de identidad por tergiversación).

EL INDICIO

Doctrina probable: CSJ, SP4412-2019, 16 oct. 2019, (rad. 54593); CSJ SP1467-2016, 12 oct. 2016, (rad. 37175); CSJ, SCP. 32193, 21 oct. 2009 y CSJ, SCP. 29374, 07 jul. 2008.

1. **Definición:** es aquel que surge de un hecho indicador, probado en el proceso, del cual el operador judicial infiere lógicamente la existencia de otro, es decir, el indicio es un hecho conocido del cual se deduce otro desconocido.
2. **Estructura:** el indicio se caracteriza por estar estructurado a partir de los siguientes elementos indispensables:
 - a. Una premisa menor o hecho indicador.
 - b. Una premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia ejercicios de la sana crítica que se apoyan de leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio.
 - c. Una conclusión o hecho indicado.
3. **Errores sobre la valoración del indicio:**
 - a. Si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente este ha de acreditarse con otro medio de prueba de los legalmente establecidos, resulta ineludible postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso;
 - b. Si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito

suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cuál es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto esto es desconocido, y

- c. Si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de estos con los demás medios (o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta), debe precisarse en la demanda. Se debe concretar el tipo de error cometido, demostrar que la inferencia realizada por el juzgador transgrede los postulados de la sana crítica, y acreditar que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador.

4. Precisiones adicionales:

- a. Se han reconocido dos tipos de indicios: necesarios y contingentes. Los primeros se presentan cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza y el contingente cuando, según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado.
- b. Para su valoración, en cualquier caso, es indispensable que se haya acreditado el hecho indicador, requiriéndose de prueba para tal labor.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Regla legal (art. 432 del CPP): el juez apreciará el documento teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- i) Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido.
- ii) Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido.
- iii) Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.

Reglas jurisprudenciales

CSJ, 15 sep. 2017, (rad. 34107); CSJ SP7732-2017, 01 jun. 2017, (rad. 46278); CSJ SP7856-2016, , 15 jun. 2016, (rad. 47666) y CSJ 21 feb. 2007, (rad. 25920).

1. La autenticidad del documento es una calidad o cualificación del mismo cuya mayor importancia reluce al ser tomado como ítem de su valoración o asignación de mérito, después que se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública (proveídos CSJ SP, 17 sep. 2008, [rad. 30214]; AP3967-2015, 21 feb. 2007 [rads. 46183 y 25920]).

2. Frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume.

3. El valor demostrativo de su contenido se discutirá con el conjunto de pruebas y corresponde al juez decidir en sana crítica.

4. Si, al interior del proceso penal, el documento no se autentica por ningún método y la parte, contra la cual se aduce, impugna su credibilidad, corresponderá al juez decidir la objeción en sana crítica y con apoyo en los demás medios probatorios de que disponga. Si el asunto quedare reducido a la estimación del poder suasorio del documento por su contenido, la decisión de mérito se adoptará en la sentencia.

5. Frente a los documentos privados que se llevan a juicio, elaborados por la parte que los aduce o por un tercero, con la finalidad de hacerlos valer en perjuicio de la contraparte, pueden ocurrir tres situaciones: **i)** que la parte contra la cual se aducen los acepte como auténticos; en este caso el tema no tiene discusión y el mérito que pudiere concederse al contenido del documento se determina en la sentencia; **ii)** que la parte contra la cual se aducen impugne su autenticidad; en este evento puede utilizarse cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate; **iii)** que la parte contra la cual se aducen guarde silencio, hipótesis en que la autenticidad como tema especial no tiene discusión y todo queda reducido al aspecto valorativo o persuasorio de los documentos.

6. De todas maneras, que un documento privado o público se asuma auténtico, no significa que necesariamente tenga eficacia probatoria por su contenido. Su fuerza o poder demostrativo solo podrá determinarse en concreto con el análisis que en sana crítica haga el juez de conocimiento.

Regla particular: si bien la autenticidad del documento es uno de los objetos cuya estipulación se permite por el ordenamiento jurídico, esta tiene un límite: no abarca la acreditación del contenido del documento en cuestión, lo cual sigue siendo discutible por cada una de las partes en pugna (CSJ SP7856-2016, 15 jun. 2016, [rad. 47666]).

VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Regla legal (art. 404 del CPP) para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta:

- a) los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria;
- b) lo relativo a la naturaleza del objeto percibido;
- c) estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción;
- d) las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió;
- e) los procesos de rememoración;
- f) el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio;
- g) la forma de sus respuestas, y
- h) su personalidad.

Reglas jurisprudenciales

1. La condición moral del testigo no es suficiente parámetro para restarle poder de convicción, pues la valoración de la prueba tiene el tamiz que proporciona la sana crítica (por ejemplo, CSJ SP, 13 jul. 2011, [rad. 31761]; CSJ SP, 03 feb. 2014, [rad. 30716]; 27 oct. 2014, [rad. 34282] y 04 jun. 2014, [rad. 35016]). Así pues, es incorrecto dar por sentado que quien ha sido condenado por la comisión de un delito no está en condición de concurrir a los estrados judiciales como testigo.
2. El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que:
 - i. No puede asumirse *a priori* que la primera o la última versión merece especial credibilidad, bajo el único criterio del factor temporal.
 - ii. El juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad.
 - iii. Ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas.
 - iv. Ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos, sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues solo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos.
 - v. La parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que este pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo.
 - vi. La prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

Doctrina probable: SP2667-2019, 17 jul. 2019, (rad. 49509); SP377-2018, 21 feb. 2018, (rad. 48959); 25 ene. 2017, (rad. 44950), 02 ago. 2017, (rad. 48952) y 18 oct. 2017, (rad. 44005).

REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE LOS TESTIMONIOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. Reglas de corroboración periférica

Doctrina probable: CSJ SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637); CSJ SP1783-2018, 23 may. 2018, (rad. 46992); CSJ SP377-2018, 22 feb. 2017, (rad. 46887) y CSJ. SCP. SP3332-2016, 16 mar. 2016, (rad. 43866).

1. La inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado.
2. El daño psíquico causado a raíz del ataque sexual.
3. El estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos.
4. Regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.
5. El cambio comportamental de la víctima.
6. Las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual.
7. La verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas, según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso.
8. Las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima.
9. Los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera.
10. La explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente.
11. La confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual.

2. Credibilidad del testimonio de los menores

Doctrina probable: CSJ SP, 11 may. 2011, (rad. 35080); 23 feb. 2011, (rad. 34568); SP880-2017, 30 ene. 2017, (rad. 42656) y CSJ, 25 sep. 2013, (rad. 40455).

- Es equivocado basar una sentencia condenatoria en el entendido de que siempre debe creerse a los niños cuando denuncian hechos de agresión sexual.

- Desde luego que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aun adulto. Puede que lo narrado por estos, aunque factible, se aleje de la realidad, se maquille, se oculte o se tergiverse, ya sea por ignotos intereses personales o por manipulación, en muchas ocasiones, parental.

- Lo que se debe entender superado es la “desestimación previa” que se hacía de lo declarado por los menores, solo en razón a su minoría de edad. No obstante, ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables.

- Por lo tanto, lo correcto es que el juez valore sus dichos bajo los lineamientos de la sana crítica, e integre sus razonamientos con las demás pruebas aportadas, en tanto ni pueden ser rechazados en todos los casos en el argumento de resultar fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento; como tampoco debe creérseles indefectiblemente, sino que sus versiones sean valoradas como las de un testigo.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Doctrina probable: CSJ SP070-2019, 23 ene. 2019, (rad. 49047); CSJ SP2709-2018, 11 jul. 2018, (rad. 50637); CSJ SP, 27 jun. 2012, (rad. 32882) y CSJ SP, 06 mar. 2013, (rad. 39559).

1. **Objeto de valoración del juzgador:** el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones.

2. **Criterios de valoración:** **i)** dicho medio de prueba debe ser valorado racionalmente por el juez, **ii)** el objeto de apreciación no son las conclusiones del perito, es el proceso técnico o científico que lo condujo a presentarlas y **iii)** el tema de debate en el juicio oral era la inimputabilidad de la acusada, categoría de índole jurídica que le compete decidirla al juez y no es determinable por los expertos en otros ámbitos.

CAPÍTULO XI

ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL RÉGIMEN DE LIBERTAD

Yefri Yoel Torrado Verjel

Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

Kenny Dave Sanguino Cuéllar

Docente investigador
Universidad Libre de Cúcuta

REQUISITOS GENERALES PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Fuente jurisprudencial: CSJ STP 5300-2016, 26 abr. 2016, (rad. 85247) y STP17679-2015, 16 dic. 2015.

1. **Exigencias.** Para que resulte legal y constitucionalmente admisible la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad —detención preventiva en establecimiento carcelario o detención preventiva en la residencia del imputado—, se hace necesario que se cumplan de manera irrestricta, con tres exigencias, a saber:
 - i) Que la evidencia (término que aquí se usa en su sentido amplio) permita inferir razonablemente.
 - ii) Que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.
 - iii) Que, con la imposición de la medida de aseguramiento, se evite la obstrucción a la justicia, o se proteja a la comunidad, a la víctima o se evite el riesgo de fuga.
 - iv) Que resulte procedente la detención preventiva, de conformidad con el artículo 313 del CPP.

2. **Consecuencias de su verificación positiva o negativa.**
 - i) Frente al incumplimiento de cualquiera de tales exigencias, el juez con funciones de control de garantías no podrá imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad. No obstante, encontrándose satisfechos los requisitos, resulta procedente la imposición de una medida restrictiva de esa garantía del imputado.
 - ii) Verificado lo anterior, el juez, con funciones de control de garantías, deberá establecer cuál de aquellas privativas de la libertad —detención en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado— resulta ser la medida de aseguramiento adecuada, necesaria y proporcional en su sentido estricto (test de proporcionalidad). Esto le permitirá imponer la que resulte razonable, de acuerdo a los contenidos constitucionales.

3. **Rol del juez de control de garantías.** A la luz del artículo 250 de la Constitución Política, el juez:
 - i) Tiene como principales objetivos propiciar la justicia material, garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes y examinar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales.
 - ii) Respecto a la proporcionalidad, tiene que verificar: 1) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar

- el fin, y 3) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad (Corte Constitucional C- 591 de 2005).
- iii) Debe igualmente verificar el aspecto objetivo sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.
 - iv) Tiene la obligación de plasmar en la decisión respectiva las fases de raciocinio que habrá de efectuar.
 - v) Tiene que emitir una decisión soportada en una valoración probatoria ajustada a las reglas de la sana crítica y en una adecuada motivación.
 - vi) Lo anterior, no solo se traduce en velar por que la restricción obedezca a un preciso motivo señalado por la ley, sino también verificar las circunstancias en que la privación se efectúa y, llegado el caso, si la misma debe mantenerse (Corte Constitucional Sentencia C-456 de 2006).

REGLAS PARA CONSIDERAR SATISFECHO EL ESTÁNDAR DE INFERENCIA RAZONABLE REQUERIDO PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1. **Concepto de inferencia razonable (CSJ SP10944-2017, 24 jul. 2017, [rad. 47850]):** es la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serias, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.
2. **Elementos del razonamiento exigido para la determinación de la inferencia razonable (CSJ SP10944-2017, 24 jul. 2017, [rad. 47850]):**
 - i) Debe estar soportada en los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia.
 - ii) Debe realizarse una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis.
 - iii) Debe verificarse si, de lo anterior, se alcanza a deducir con grado de probabilidad que el imputado:
 - a) es autor o participe del delito, y
 - b) no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia.

- iv) Mediante el razonamiento atinente a la inferencia razonable de si el imputado es autor o partícipe de la conducta punible que se investiga, no se deberá afectar la presunción de inocencia (T-827-05). Por lo tanto, la presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento, que prevé el artículo 306 del CPP, no buscan establecer la responsabilidad del imputado (como sí lo hacen las pruebas), sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado. La presentación de los elementos de conocimiento que fundamentan la medida de aseguramiento y la oportunidad de contradicción de estos, constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa, el cual, como ya lo ha dicho la Corte (C-799 de 2005), se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso y a lo largo de cada una de sus etapas, por los cauces señalados en la ley (sentencia C-1154-05).

ELEMENTOS QUE DEBEN APARECER EXPLÍCITOS EN LA MOTIVACIÓN DE LA PROVIDENCIA CON LA CUAL SE DECIDE LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1. **La inferencia razonable** que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga obtenida de los elementos materiales probatorios y evidencia física, recogidos y asegurados, o de la información adquirida legalmente (art. 308 del CPP).

2. El cumplimiento de alguno de los siguientes tres requisitos o **finés constitucionales**, debidamente soportados en evidencias legalmente obtenidas (art. 308 del CPP):
 - i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia;
 - ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y
 - iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

3. Todo lo anterior, basado en los criterios establecidos en los artículos 309, 310, 311 y 312 del CPP y teniéndose en cuenta como reglas básicas en la sustentación de tales fines constitucionales las siguientes:
 - i) La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro

para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia (parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015).

- ii) La modalidad y gravedad de la conducta no pueden ser los criterios prevalentes para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad (sentencia C-1198 de 2008).
- iii) El juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga (parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015).
- iv) La ley establece un mandato general de afirmación de la libertad y dispone que las normas que permitan privaciones o limitaciones a la libertad; estas deben ser interpretadas restrictivamente (Sentencia C-496 de 2016).

-
4. **Análisis de proporcionalidad** (C-1198 de 2008): establecer si, en el caso concreto, la aplicación de las normas que autorizan la privación de la libertad era “necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales” (art. 295 del CPP), para lo cual deberá tenerse en cuenta que:

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento. (Art. 307, par. 2.º del CPP).

5. Indicar los motivos de *estimación* y *desestimación* (art. 162.4 del CPP) de las evidencias presentadas por las partes y “si hubiere división de criterios, la expresión de los fundamentos del disenso” (art. 162.6 del CPP), aclarándose que NO cualquier tipo de motivación satisface el estándar legal y constitucional de una sustentación respetuosa de las garantías fundamentales, dado que, según el artículo 139, numeral 4 del CPP, es un deber del juez: “motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes” (subrayado fuera del texto), entendiéndose por “adecuado” aquello que se ajusta a las exigencias impuestas por la Constitución Política hallándose íntimamente vinculada esta expresión con lo “suficiente” y lo “completo”, mas no con lo “extenso” (Corte Constitucional sentencia T-589/10).
6. **Esta valoración debe efectuarse en concreto**, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso

(Sentencia C-121 de 2012). En consecuencia, dada la naturaleza exceptiva de la medida y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, el juez de garantías debe, respecto de cada uno de los delitos imputados (si son varios), examinar si con los elementos materiales de prueba ofrecidos por la fiscalía se cumplen con los requisitos exigidos (CSJ SP, 09 feb. 2009, rad.30942).

REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Fuente jurisprudencial: CSJ SP10944-2017, 24 jul. 2017, (rad. 47850).

1. Presupuestos materiales de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento:

- i) La presentación de evidencia sobreviniente que suscita y justifica la revocatoria.
- ii) Evidente fortaleza demostrativa de esos elementos materiales probatorios o de esa información legalmente obtenida para demostrar razonablemente la desaparición de las exigencias previstas para su imposición.

2. **Cargas del solicitante:** aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma (Corte Constitucional, C – 456 de 2006). Por lo tanto, la desaparición de la inferencia o de la necesidad de la medida se debe acreditar con nuevos elementos materiales probatorios, mas no con fundamento en la simple presentación de argumentaciones o de relecturas de lo que ya había sido objeto de valoración al momento de decretar la medida preventiva.

3. **Cargas valorativas del juez:** deconstruir analítica y probatoriamente los elementos que permitieron acreditar los requisitos formales y sustanciales para que resultara viable la afectación preventiva a la libertad.

4. Requisitos que deben cumplirse para la prosperidad de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento:

- i) Se exige que el medio suasorio sobreviniente sea de tal entidad, que lleve al servidor judicial a considerar que los presupuestos que otrora existían, como fundamento para privar de la libertad a la persona, han desaparecido. Por lo tanto, a partir de los mismos debe:
 - a) Descartarse la autoría o participación o responsabilidad del imputado.
 - b) Acreditar que ningún fin constitucionalmente legítimo es perseguido.

- ii) Se exige novedad de los elementos probatorios, entendida como una característica sustancial, inherente a la evidencia, por virtud de la cual se allega a la actuación un contenido distinto y diferente a aquel que ya obraba en esta.
- iii) No se trata de una segunda valoración de las evidencias que justificaron la adopción de la medida, como si impropriamente se surtiera el análisis de un recurso de apelación.

SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO POR PARTE DE LA VÍCTIMA

Fuente jurisprudencial: Corte Constitucional sentencia, T-704 de 2012; T-293-13.

- El CPP, en su artículo 306, inciso 1.º, atribuye al fiscal un papel protagónico en la solicitud de medida de aseguramiento.

- Reconoce a la víctima un ámbito limitado de actuación, en tanto que subordina su facultad al hecho de que el fiscal no hubiere solicitado dicha medida (art. 306, inc. 4.º).

- En este evento, para la evaluación por parte del juez de control de garantías sobre la viabilidad de la imposición de la medida, se introduce un nuevo requisito consistente en la valoración de “los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal”.

- Por lo tanto, cuando la solicitud de la medida de aseguramiento la formule el fiscal, el juez de Control de Garantía deberá evaluar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, pero cuando la solicitud provenga de las víctimas, además de estos requisitos, el juez deberá evaluar uno adicional que consiste en los motivos que *sustentan* la omisión del fiscal de solicitar la imposición de una medida de aseguramiento.

- **El papel del Ministerio Público:** el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal no autoriza al Ministerio Público a solicitar medidas de aseguramiento, solo a presentar argumentos sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida solicitada por el fiscal.

REQUISITOS PARA QUE UNA PERSONA SEA MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Fuente jurisprudencial: CSJ SP, 22 jun. 2011, (rad. 35943); STP, 06 ago. 2013, (rad. 68224) y CSJ STP, 14 may. 2013, (rad. 66744); STP16760-2014, 02 dic. 2014, (rad. 77028); SP4945-2019, 13 nov. 2019, (rad. 53863). También Cfr. Corte Constitucional: SU-388 de 2005 y SU-389 de 2005.

Será necesario acreditar el **primer requisito**, consistente en demostrar que la acusada es *madre cabeza de familia*, para lo cual se deberá probar (de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1.º de la Ley 1232 de 2008):

1. Que se trata de una mujer, soltera o casada, quien ejerce la jefatura femenina del hogar porque:
 - i) Tiene a su cargo la responsabilidad de sus hijos menores.
 - ii) Tal responsabilidad la tiene de forma permanente.
 - iii) Tal responsabilidad se genera por tres hechos: **a)** que estén bajo su cuidado; **b)** que vivan con ella, y **c)** que dependan económicamente de ella. Sobre este último punto, será necesario demostrar que la madre no tiene alternativa económica, es decir, que se trata de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños.

2. Que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento.

3. Que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

4. Que exista:
 - i) Una ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja.
 - ii) Que tal ausencia permanente o abandono esté acompañada de la sustracción del cumplimiento de sus obligaciones como padre.
 - iii) Que la razón por la cual la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponda obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte.
 - iv) Que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Asimismo, será necesario acreditar como **segundo grupo de requisitos** de índole **subjetivo**: que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

1. Que el desempeño *personal* de la acusada, es decir, *su comportamiento como individuo* permita inferir o pronosticar que no pondrá en peligro: **i)** a la comunidad, y **ii)** a los hijos menores de edad que tenga a su cargo.

2. Que el desempeño familiar de la acusada, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, permita inferir o pronosticar que no pondrá en peligro: **i)** a la comunidad, y **ii)** a los hijos menores de edad que tenga a su cargo.

3. Que el desempeño *laboral* de la acusada, esto es, *su comportamiento pasado o presente relacionado con las actividades lícitas de trabajo desarrolladas o que desarrolle*, permita inferir o pronosticar que no pondrá en peligro: **i)** a la comunidad, y **ii)** a los hijos menores de edad que tenga a su cargo.

4. Que el desempeño *social* de la acusada como miembro responsable dentro de la comunidad y acorde con la percepción que esta tenga de la procesada por su comportamiento hacia la misma, permita inferir o pronosticar que no pondrá en peligro: **i)** a la comunidad, y **ii)** a los hijos menores de edad que tenga a su cargo.

Equivalencias: **i)** también es posible que las personas que la madre cabeza de familia tenga a su cargo sean individuos incapaces o incapacitados para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente, o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, y **ii)** a partir de la sentencia C-184 de 2003 de la Corte Constitucional cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.

LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO POR ENFERMEDAD GRAVE

Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2019

Regla: además del dictamen de médicos oficiales, *que debe necesariamente allegarse*, las partes pueden solicitar y allegar otros dictámenes. Al juez le asiste la facultad de decretar los conceptos de médicos particulares. Esto es acorde con el esquema de garantías que rodean la imposición y sustitución de la detención preventiva y resulta compatible con la Constitución.

Precisiones acerca de la regla

1. En concordancia con el *Reglamento técnico para la determinación médico-forense de estado de salud en persona privada de libertad* del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Corte Constitucional explica que el **estado grave de enfermedad del imputado o acusado** supone la constatación de que la salud del procesado se halla de tal modo afectada que resulta incompatible con la reclusión formal, pues de continuar privado de la libertad en el establecimiento carcelario se generarían riesgos para su integridad física, su salud o su vida, al no recibir oportunamente los tratamientos requeridos.
2. La **gravedad** a la que se refiere el precepto no es una propiedad o característica de la enfermedad en sí misma, sino de la condición del procesado, de manera que incluso si este padece una enfermedad que, conforme a un cierto criterio, puede llegar a ser considerada grave, no necesariamente se cumple el supuesto de la norma, pues, por ejemplo, la patología puede estar debidamente controlada.
3. El médico debe evaluar la situación de salud actual del procesado y determinar qué tipo de tratamiento (o valoración médica) requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de su salud. Le corresponde también informar si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio. Igualmente, cuando sea el caso, ha de referirse a las condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares de salud del examinado (por ejemplo, cuidados de enfermería, rehabilitación, dieta, etc.) y si estas se requieren de manera permanente o transitoria.
4. **Reglas en torno al dictamen que debe ser presentado:** i) El perito debe elaborar una historia clínica, realizar un examen completo y, de requerirse, solicitar por intermedio de la autoridad competente los exámenes paraclínicos o interconsultas con especialistas, para establecer, aclarar o confirmar el diagnóstico, el pronóstico

y determinar las condiciones de tratamiento o manejo requeridas por el examinado, para conservar o recuperar su salud; **ii)** Como este dictamen no tiene fines asistenciales, no se hace ninguna prescripción médica, sino que se orienta a la autoridad judicial, sobre la atención en salud que debe recibir el paciente. Esto, con la finalidad de que tenga elementos de juicio a fin de establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple, o no, las condiciones mencionadas por el perito médico o si su permanencia en el establecimiento puede comprometer la salud y la propia vida o dignidad del paciente.

**SENTENCIA: M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR,
STP7721-2019, 11 JUN. 2019, (RAD. 104439)**

Problema Jurídico: ¿Incorre en vicio de indebida motivación y, por lo tanto, debe declararse nula la decisión de un juez que no cumple con las cargas de argumentación para la imposición de la medida de aseguramiento?

Subproblema jurídico N.º 1: ¿Cuáles deben ser las cargas argumentativas de la fiscalía y el juez de control de garantías para solicitar e imponer respectivamente una medida de aseguramiento?

1. Inferencia razonable de participación del imputado en la conducta.

Presentar los EMP, evidencia física (EF) e información legalmente obtenida (ILO) para acreditar la ocurrencia del delito y que el imputado es autor o participe en grado de inferencia razonable.

2. Necesidad de la medida contra el imputado. Evaluación de factores (fines constitucionales):

2.1. Factores no procesales:

2.1.1. Que el imputado represente un peligro para la seguridad de la comunidad (posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras) (art. 310 del CPP).

2.1.2. Inferencia razonable que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes (art. 311 del CPP).

2.2. Factores procesales: existencia de motivos graves y fundados que den cuenta de que el imputado podría no comparecer al proceso y/o afectar la actividad probatoria (art. 312 del CPP).

3. Elección del tipo de medida a imponer. Indagar qué medida de aseguramiento prevista en el artículo 307 del CPP se habrá de imponer, (privativa o no privativa) —Juicio de proporcionalidad—

3.1. Adecuación (idoneidad). Análisis de normas que:

- 3.1.1.** Permiten la imposición de detención en establecimiento carcelario (art. 313 del CPP).
- 3.1.2.** Prohíben el decreto de una medida distinta a la privación de la libertad intramuros (art. 199 de la Ley 1098 de 2006).
- 3.1.3.** Si resulta procedente una medida no privativa de la libertad (arts. 307, par. 2 y 308 del CPP).

3.2. Necesidad. Evaluar la posibilidad de imponer una medida más o menos grave que la solicitada por la fiscalía o la víctima.

3.3. Juicio de proporcionalidad en estricto sentido. Sopesar intereses que se confrontan, es decir, derecho fundamental que se afecta con la imposición de la medida y el fin constitucional que se busca proteger al decretarla.

Subproblema jurídico N.º2: ¿Cuál debe ser la consecuencia jurídica al desconocer las cargas de argumentación para la imposición de la medida de aseguramiento?

- 1.** Si el juez elude un tema central de debate, esto constituye una flagrante violación al debido proceso por indebida motivación (CSJ SP071 - 2019, 23 ene. 2019, [rad. 51177]).
- 2.** Si la sentencia carece de legitimación porque el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos, esta representa una vía de hecho (C- 590/05 y T-041/18).
- 3.** Al ser inexistente en el mundo jurídico, el remedio será la nulidad y ordenar la emisión de una nueva providencia debidamente motivada.

**SENTENCIA: M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR,
STP14283-2019, 15 OCT. 2019, (RAD. 104983)**

Síntesis: la Corte examina los alcances de una decisión de tutela que ordena a un establecimiento de reclusión en Antioquia adoptar medidas de reducción de hacinamiento carcelario.

Problema jurídico: ¿se puede considerar el argumento de la situación de hacinamiento carcelario al momento de decidir sobre la imposición de una medida de aseguramiento?

Solución: sí, las condiciones materiales actuales en que los detenidos son privados de su libertad son un factor importante para determinar la procedencia de la restricción.

- Debe tenerse en cuenta el carácter excepcional y restrictivo de la privación de la libertad, el cual debe hacerse dentro de los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad frente a los contenidos constitucionales (art. 295 del CPP).
 - Por consiguiente, no puede perseguir fines de prevención general ni especial, mucho menos retributivos ni de resocialización.
 - En tanto a la proporcionalidad, a pesar de que el fenómeno de hacinamiento carcelario es un criterio extranormativo, puede tenerse en cuenta, dentro de los factores que implican un sacrificio desmedido para la garantía que es objeto de limitación (libertad).
 - Téngase en cuenta que la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional del Sistema penitenciario y Carcelario, bajo la premisa de que la desarticulación de la política criminal engendra la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad (Sentencias T-388/13, T-762/15).
-

**SENTENCIA: M.P. JAIME HUMBERTO MORENO ACERO;
AP2553-2019; 27 JUN. 2019, (RAD. 55374)**

Regla: no son aplicables las reglas sobre temporalidad de la medida de aseguramiento para casos de orden de encarcelación, con fines a hacer efectiva la sentencia.

Síntesis: la Corte analiza la solicitud de libertad o sustitución de la medida de aseguramiento por considerar que se ha superado el criterio del plazo razonable entre la privación de libertad derivada del sentido del fallo condenatorio y la decisión de segunda instancia.

Problema jurídico: ¿Es aplicable el criterio de temporalidad de las medidas de aseguramiento respecto a la privación de la libertad derivada del sentido de fallo condenatorio?

1. No es aplicable, porque la privación de libertad derivada del sentido de fallo condenatorio es distinta a la medida de aseguramiento.

1.1. La privación de libertad que se da bajo este supuesto es una orden de encarcelamiento para que se haga efectiva la sentencia proferida (art. 450 del CPP).

1.2. No puede aplicarse la norma que determina la temporalidad de la medida de aseguramiento de un (1) año (art. 307, par. 1 del CPP), pues ya dejó de existir la medida de detención preventiva y no existe el estado del procesado como detenido jurídicamente.

2. La medida de aseguramiento únicamente surte efectos jurídicos hasta el momento en que se profiera la sentencia, con independencia de su ejecutoria (CSJ AP, 06 abr. 2006, [rad. 24110]).

3. La orden de encarcelamiento para que se haga efectiva la sentencia proferida se debe dar bajo criterios de necesidad, es decir, cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas (CSJ AP; 30 ene. 2008, [rad. 28918]).

**SENTENCIA: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA;
AHP1906-2018; 11 MAY. 2018, (RAD. 52704)**

Tema: falta de carpeta original del proceso o suministro de información de las víctimas por parte del peticionario para decidir solicitud de libertad por vencimiento de términos.

Síntesis: el accionante reclama *habeas corpus* debido al aplazamiento constante por parte del juez de garantías.

Problema Jurídico: ¿La ausencia de carpeta o la ausencia de las víctimas, o de la parte no citante, son motivos razonables para no realizar la audiencia de libertad por vencimiento de términos?

1. Es un deber del juez de control de garantías ordenar la citación oportuna de las partes (CSJ AP5408, 22 ago. 2016, [rad. 48682]).

- 1.1. La excusa de la insuficiencia de los datos consignados por el peticionario en el formato de solicitud solo es razonable cuando de la información suministrada no es posible identificar la actuación a la cual se hace referencia o la información necesaria para notificar al convocado no está contenida en el expediente judicial.
- 1.2. La negativa a realizar la diligencia invocada, sustentada en la creencia de que la notificación echada de menos tuvo origen en la simple negligencia del solicitante, difumina el referido deber legal e impone una carga excesiva sobre el peticionario.

2. La presencia en la audiencia de los representantes de la fiscalía y de las víctimas no se tornaba obligatoria, bastaba con garantizarles su posible intervención en la audiencia, a través de la oportuna notificación de la fecha de su celebración. De allí que, solo en el evento de no haber sido notificados o de presentación por parte de ellos de una excusa válida para el juez, podía suspenderse la audiencia debido a su ausencia (AHP1420-2015, 19 mar. 2015, [rad. 45620]; AP5408-2016, 22 ago. 2016, [rad. 48682] y SP4177-2018, 26 sep. 2018, [rad. 53305]).

3. La decisión de exigir exclusivamente el envío de la «carpeta original» del proceso, para resolver el asunto sometido a su consideración, no cuenta con soporte legal alguno.

- 3.1. Basta la obtención o aducción —por cualquier medio— de documentos físicos o digitales a partir de los cuales pueda corroborarse la veracidad de las afirmaciones del peticionario en cuanto al real desarrollo de la actuación procesal.
- 3.2. De la misma manera, para definir la atribución o no de la mora o parte de la defensa.

**SENTENCIA: LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO;
AHP. 40819; 1 MAR. 2013**

Síntesis: la Corte analiza una acción de *habeas corpus* en la que se considera arbitrario que se descuenten los aplazamientos realizados por la defensa de un procesado diferente dentro del proceso.

Problema jurídico: ¿Deben descontarse como causa atribuible a la defensa los aplazamientos solicitados por el abogado defensor de un procesado diferente de quien solicita libertad por vencimiento de términos?

Solución: sí, para la Corte a pesar de que no está expresamente consignado en la norma, la consideración de la unidad de defensa en que se apoyan resulta razonable.

**SENTENCIA: M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR,
AHP5955-2015, 09 OCT. 2015, (RAD. 46942)**

Síntesis: la Corte analiza una acción de *habeas corpus* en la que se solicita la libertad por vencimiento de términos debido a que la fiscalía, a pesar de ser día festivo no radicó el escrito de acusación dentro del lapso establecido por la ley.

Problemas jurídicos: i) ¿Se vence el término para presentar el escrito de acusación si el último día es un día hábil? y ii) ¿Debe otorgarse la libertad por vencimiento de términos si el escrito se radicó con posterioridad al vencimiento del término y antes de la solicitud del peticionario?

Solución del primer problema jurídico: si el último día del plazo para el vencimiento del término para presentar la acusación fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil (art. 62 de la Ley 4.^a de 1913 y art. 118, inc. 7 de la Ley 1564 de 2012).

Solución del segundo problema jurídico: una vez presentado el escrito de acusación, decae la afectación al derecho a la libertad personal, en tanto si alguna irregularidad se presentó en el procedimiento por la demora en su aducción, ella fue contrarrestada por el acusador cuando lo allegó ante el juez de conocimiento (CSJ AHP, 19 ene. 2010, [rad. 33378]. En el mismo sentido, CSJ AHP 459-2014, 07 feb. 2014, [rad. 43192] y CSJ AHP 486-2014, 11 feb. 2014, [rad. 43198]).

CAPÍTULO XII

ESTÁNDARES PARA LA APLICACIÓN DE LA *EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD* EN EL PROCESO PENAL

Rosa Angélica Quintero Jaimes
Docente de la Universidad de Pamplona
Investigadora de la Universidad Libre de Cúcuta

DEPENDENCIAS QUE COBIJAN LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD

Precedente constitucional obligatorio: Corte Constitucional, C-041 de 1994, 03 feb. 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-505 de 1999, 14 jul. 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-519 de 2007, 11 jul. 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Criterio Auxiliar: CSJ, 05 jun. 2013, (rad. 34867) y CSJ, 06 may. 2009, (rad. 31592).

1. La pretensión de hacer extensivo el concepto de domicilio al lugar de residencia, y demás terrenos o dependencias que la integran, resulta imprecisa, porque esta garantía constitucional de inviolabilidad no tiene por objeto la protección de la propiedad privada, sino del derecho a la intimidad personal y familiar, la que se circunscribe, en principio, al sitio de residencia.

2. Para ciertos efectos, algunos espacios cerrados distintos a los lugares de residencia, y en donde las personas realizan labores en parte privadas, son asimilables al domicilio, y gozan entonces de una protección constitucional semejante a aquella prevista para la casa de habitación.

3. Para establecer el ámbito físico que puede cobijar la expectativa razonable de intimidad en lugares como fincas, edificios y conjuntos residenciales, deberá tenerse en cuenta que cuando se tenga abierto el acceso a una propiedad, que no implique la entrada directamente al lugar de habitación como el portón de ingreso a una finca o cabaña, la puerta de la portería del edificio, la puerta de la entrada de un conjunto residencial, implica que el morador ha quitado esta barrera de protección y permite el ingreso de personas sin la necesidad de anunciarse o pedir permiso (CSJ, 05 jun. 2013, [rad. 34867]).

4. No obstante, la intimidad frente al lugar de trabajo no corresponde a una categoría de derecho fundamental diferente a la protección de la intimidad domiciliaria o inviolabilidad de domicilio (o sea la del hogar). Es parte de la protección que abarca el derecho a la intimidad solo que con un grado menor de tutela. La Corte Constitucional incorpora el concepto de *domicilio ampliado*, para diferenciarlo del domicilio en estricto sentido. En ese sentido, el domicilio ampliado hace referencia al “domicilio corporativo de las personas jurídicas y a los otros espacios cerrados, distintos del lugar de habitación, en donde existe un ámbito de intimidad a ser protegido, pero que es menor que el propio de las relaciones hogareñas”. (Corte Constitucional C. 505 de 1999) Excepción: la expectativa razonable de intimidad en los vehículos se aparta del concepto ampliado de domicilio y permite una injerencia sin orden previa por parte de las autoridades.

5. La expectativa razonable de intimidad es predicable de las habitaciones de hoteles, puesto que cumplen la función (así sea transitoria) de lugar de residencia y, por ende, se requiere de orden escrita para proceder a su registro (SP 1862-2019, 29 may. 2019, [rad. 48498]).

HIPÓTESIS EN LAS QUE SE PUEDE ENTRAR A UN LUGAR SIN ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO AUN CUANDO EXISTA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD

Precedente constitucional obligatorio: Corte Constitucional, C-024 de 1994, 27 ene. 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-179 de 1994, 13 abr. 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Criterio Auxiliar: SP1862-2019, 29 may. 2019, (rad. 48498).

1. Cuando el delincuente que ha sido sorprendido en situación de flagrancia y es perseguido por las autoridades logra refugiarse en su propio domicilio o domicilio ajeno. En estos casos, por expresa disposición del artículo 32 de la Constitución Nacional, las autoridades pueden ingresar al lugar sin orden judicial si los moradores se oponen a su ingreso, para el solo acto de aprehensión del imputado.
2. Frente a situaciones de detención preventiva administrativa y orden de captura vigente (art. 28, inc. 2.º de la Constitución Nacional), cuando la persona cuya retención o aprehensión se pretende busca refugio en su propio domicilio, o en domicilio ajeno. En estas hipótesis son aplicables, según doctrina de la Corte Constitucional, las reglas de la flagrancia, siendo permitida la intervención de las autoridades de policía sin orden judicial previa, para los solos efectos de la aprehensión.
3. Cuando se está cometiendo un delito en el propio domicilio, en domicilio ajeno, o en lugar no abierto al público, y se hace necesario ingresar en él para impedir que se siga ejecutando.
4. Cuando 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 (SP1862-2019, 29 may. 2019, [rad. 48498]).
5. Cuando 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 (SP1862- 2019, 29 may. 2019, [rad. 48498]).

6. Cuando 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, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad (SP1862- 2019, 29 may 2019, [rad. 48498]).

MOMENTOS PROCESALES EN LOS CUALES ES OPORTUNO ALEGAR LA ILICITUD DEL MEDIO DE PRUEBA POR VULNERACIÓN DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD

Doctrina probable: CSJ, 16 jun.2007, (rad. 26310); CSJ, 24 ago. 2009, (rad. 31900); CSJ, 25 ago. 2010, (rad. 32865).

Criterio Auxiliar: CSJ. SCP. AP 897-2014, 26 feb. 2014, (rad. 43176).

1. Ante el juez de control de garantías en audiencias preliminares en cinco (5) casos concretos:
 - Ordenes de registro y allanamiento de morada
 - Interceptación de comunicaciones
 - Retención de correspondencia
 - Recuperación de información dejada al navegar por internet
 - Recuperación de información de otros medios similares
2. Respecto al juez de conocimiento, la oportunidad procesal por excelencia es la Audiencia Preparatoria, pero se recuerda que el momento procesal para alegar la exclusión de una evidencia ilícita nunca fenece.

REQUISITOS PARA QUE EL CONSENTIMIENTO SEA VÁLIDO EN SITUACIONES DONDE EXISTE EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD

Precedente constitucional obligatorio: C-806 de 2009, 11 nov. 2009.

M.P. María Victoria Calle Correa.

Criterio auxiliar: CSJ. AP7597-2014, 10 dic. 2014, (rad. 43447).

1. La formalidad específica exigida por la norma es que el consentimiento del propietario, o morador del domicilio o de la persona afectada con el allanamiento sea dado de forma: **i)** libre; **ii)** voluntaria, y **iii)** debidamente informada.
2. No se considera suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado.

3. Se considera morador la “persona con autoridad común sobre el inmueble”. Por lo tanto, basta que el único morador que se encuentre en el inmueble en esa oportunidad acceda libre y voluntariamente a la petición de la autoridad para explorar el lugar (CSJ. AP7597-2014, 10 dic. 2014, [rad. 43447]).

4. A pesar del consentimiento, siempre tendrá que hacerse control posterior al allanamiento.

LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES RESPECTO DE SUS PADRES

Criterio Auxiliar: CSJ SP 9792, 29 jul. 2015, (rad. 42307).

1. Los padres, en ejercicio de la patria potestad, se encuentran legalmente autorizados para asistir, orientar y controlar las comunicaciones de sus hijos menores de edad, limitados solamente por la menor afectación de otras prerrogativas y por la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

2. En cumplimiento de la responsabilidad parental (las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de hijos menores, para garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad), los padres tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan.

3. En consecuencia, la revisión y seguimiento que hagan los padres a sus hijos menores de sus redes sociales y correo electrónico no puede entenderse como una verdadera vulneración a su derecho a la intimidad, puesto que esta facultad es otorgada a los padres con su deber de protección y cuidado.

REQUISITOS PARA QUE UNA GRABACIÓN REALIZADA POR UN PARTICULAR SIN ORDEN JUDICIAL PUEDA TENER VALIDEZ DENTRO DE UN PROCESO PENAL

Doctrina Probable: CSJ AP, 11 sep. 2013, (rad. 41790); CSJ SP, 06 ago. 2003, (rad. 21216); CSJ SP, 30 ago. 2008, (rad. 22938); CSJ SP, 10 jun. 2009, (rad. 29267); CSJ SP, 08 nov. 2012, (rad. 34282) y CSJ AP, 11 sep. 2013, (rad. 41790).

1. Si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia.

2. Si capta el momento del accionar criminoso.

3. Si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente.

HIPÓTESIS PARA ACCEDER A CONVERSACIONES EN REDES SOCIALES (WHATSAPP) SIN NECESIDAD DE REALIZAR CONTROL POR PARTE DEL JUEZ

Criterio Auxiliar: CSJ AP-1465-2018, (rad. 52320) y CSJ, AP-4110-2018, (rad. 53098).

1. Cuando el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias de las personas que participaron en el acto comunicacional, no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004.

2. Este tipo de renunciaciones a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse, entre otros, en contextos como los siguientes: **i)** la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un mensaje de texto guardado en su teléfono, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; **ii)** cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; **iii)** cuando el partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la fiscalía o la defensa, así no la haya documentado.

3. Por lo anterior, cuando la víctima o un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y, luego, suministra esa información a las autoridades, no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, ni, en general, de uno de los actos de investigación orientados a irrumpir en la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución Política y desarrolladas en la Ley 906 de 2004, pues no se trata de una acción de interceptación o retención de comunicaciones.



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Esta publicación fue financiada por el Pueblo y Gobierno de los Estados Unidos, a través del Departamento de Estado —INL—.

Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de los Estados Unidos.

GUÍA JURISPRUDENCIAL SOBRE CONCEPTOS ACUSATORIOS