

EL INTERROGATORIO DE UN TERCERO COMO PRUEBA NUEVA QUE PERMITE ESTABLECER LA INOCENCIA DEL CONDENADO PENALMENTE EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN CONSAGRADA EN LA LEY 906 DE 2004.

La garantía de no autoincriminación del tercero interrogado en los juicios rescindente y rescisorio.

NICOLÁS MAURICIO GONZALEZ GARZÓN

RAFAEL ANTONIO SALGADO DOMÍNGUEZ

Director: Dr. Fernando Arboleda Ripoll

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO, DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO A MAESTRO EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

BOGOTÁ D.C.

2019

CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN.....	4
2.	LA ACCIÓN DE REVISIÓN	14
2.1	la acción de revisión: naturaleza y características.....	14
2.2	el régimen probatorio de la acción de revisión.	20
3.	LA CAUSAL TERCERA DE REVISIÓN.....	28
3.1	Aspectos históricos de la causal tercera de revisión.	28
3.2	la prueba nueva y los principios probatorios de la Ley 906 de 2004.....	30
3.3	Los elementos de la causal tercera de revisión.	37
3.4.	Los aspectos procesales de la causal tercera de revisión.	40
4.	LOS PRINCIPIOS PROBATORIOS DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN	42
4.1	Los principios probatorios del proceso penal de la ley 906 de 2004.....	42
4.2.1	La presunción de inocencia.....	44
4.2.2	la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales.....	45
4.2.3	la garantía de no auto incriminarse.	46
4.2.4	La exclusión de la prueba ilícita.	46
4.2.5	Los deberes de la Fiscalía en materia probatoria.	47
4.2.6	Los principios probatorios del juicio.	50
4.3	Los principios probatorios de la Ley 906 de 2004 de cara a la revisión.....	54
4.4	Los principios probatorios de la revisión	56
4.4.1	La presunción de inocencia.....	57
4.4.2	La reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales.....	58
4.4.3	La garantía de no autoincriminación	59
4.4.4	La regla de exclusión de la prueba ilícita.	60
4.4.5	Los deberes de la fiscalía en materia probatoria	60
4.4.6	El principio de publicidad.....	62
4.4.7	El principio de oralidad.	62
4.4.8	El principio de inmediación.....	63
4.4.9	El principio de contradicción.....	63
4.4.10	El principio de concentración.....	64

4.4.11 El principio de eficiencia	65
5. EL INTERROGATORIO COMO MEDIO COGNOSCITIVO EN LA LEY 906 DE 2004	67
5.1 El interrogatorio.....	67
5.2 las manifestaciones falsas realizadas dentro del interrogatorio.	69
5.3 El interrogatorio como medio cognoscitivo y sus eventuales efectos probatorios.....	71
5.4 El interrogatorio como prueba de referencia.....	75
6. EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN EN LOS JUICIOS RESCINDENTE Y RESCISORIO POR PARTE DE UN TERCERO EN CUYO INTERROGATORIO SE FUNDAMENTA LA ACCIÓN.....	79
6.1 El interrogatorio de un tercero indiciado como fundamento del ejercicio de la acción de revisión.....	79
6.2 El ejercicio de la garantía de no autoincriminación, en el juicio rescindente, por parte del tercero que rindió el interrogatorio en otro proceso penal.	80
6.2.1 La ponderación entre los derechos en tensión.....	83
6.2.2 El interrogatorio del tercero como prueba trasladada o prueba de referencia en el juicio rescindente.	98
6.3 El ejercicio de la garantía de no autoincriminación, en el juicio rescisorio, por parte del tercero que rindió el interrogatorio en otro proceso penal.	99
6.3.1 la prueba trasladada en el proceso penal colombiano.....	101
6.3.2 la prueba trasladada en las demás legislaciones	105
6.3.3 Postura personal y propuesta.....	107
6.3.3.1 la contradicción de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004.....	108
6.3.3.2 La inmediatez de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004.	109
6.3.3.3 La ponderación de los derechos en tensión.	115
6.3.3.4 Consecuencias jurídicas de la postura.	121
7. CONCLUSIONES.....	125
8. BIBLIOGRAFÍA.....	128

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento penal colombiano, cuando en contra de una persona se emite una sentencia de carácter condenatorio o absolutorio, y esta providencia alcanza firmeza, no es posible modificar su sentido o contenido, por cuanto ya ha sido cobijada con el efecto de la cosa juzgada.

Teniendo en cuenta lo anterior, al procesado se le presentan una serie de instrumentos procesales que pueden evitar que la providencia tome firmeza, como el recurso de apelación o el de casación; sin embargo, resueltos estos, el pronunciamiento judicial toma un carácter definitivo.

No obstante, existen acciones que, dados ciertos presupuestos excepcionales, permiten que se levante la cosa juzgada, y se pueda dejar sin efectos lo decidido por la especialidad penal, siendo estas la acción de tutela, instaurada en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1991, y la acción de revisión.

En relación con la acción de amparo constitucional, existe extensa jurisprudencia y doctrina, las cuales han delimitado de manera clara cuáles son los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción que se dirige en contra de una providencia judicial¹, y que en últimas permiten que se cuestione una sentencia penal que ha alcanzado firmeza.

Por el contrario, en lo que se refiere a la acción de revisión, no es posible encontrar con igual suficiencia un desarrollo de sus características, requisitos y causales, aun cuando esta acción está consagrada en el Código de Procedimiento Penal y tiene una presencia histórica en la legislación colombiana que va mucho más allá de la constitución del 91.

Así las cosas, a pesar de que la acción de revisión tiene angular importancia, pues permite el levantamiento de la cosa juzgada, su diseño legislativo presenta

¹ A manera de ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2013.

situaciones problemáticas que, aunadas con la falta de desarrollo jurisprudencial y doctrinario, ciernen sobre este instituto procesal problemas jurídicos de difícil solución.

En el presente trabajo nos enfocaremos en uno de los problemas de la acción de revisión en el Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004, originado en que la consagración de sus causales es casi igual a la que estaba formulada en el Código de Procedimiento Penal anterior, la Ley 600 de 2000.

Cuando el legislador decidió pasar de un procedimiento penal con corte inquisitivo a uno con tendencia acusatoria, no tuvo en cuenta las implicaciones que para la acción de revisión podía tener esta situación, y resolvió copiar las causales dejando su formulación de manera muy similar.

Esto, que a primera vista parecía no presentar mayores problemas para la implementación de la revisión, originó tensiones en aquellas causales que estaban relacionadas con aspectos procesales como el régimen probatorio.

Así, respecto de la causal tercera de revisión, conocida como hecho nuevo o prueba nueva, la consagración exactamente igual en los dos Códigos de Procedimiento no tuvo en cuenta las reglas probatorias del procedimiento con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004.

En el procedimiento con tendencia acusatoria de la ley 906 de 2004, no existe lo que se conocía de antaño como permanencia de la prueba, que implicaba que la prueba debidamente practicada en las fases previas al juicio (investigación previa e instrucción formal en la Ley 600 de 2000) tenía plena validez como prueba y no debía repetirse en el debate de la audiencia pública de juzgamiento.

Así las cosas, la deposición de un testigo o la recolección de un documento realizadas de conformidad con las reglas procesales de la ley 600, tenían desde su aducción plena validez como prueba, incluso antes del juicio.

En contraposición, en la Ley 906 de 2004, los elementos materiales probatorios solo adquieren el carácter de prueba cuando son practicados en el juicio oral, atendiendo los principios de contradicción, inmediación y publicidad. Por lo anterior, cualquier elemento con vocación probatoria recolectado antes del juicio no es una prueba, ni tiene tal entidad (con excepción de la prueba anticipada).

La problemática surge en la descripción de la causal tercera, que exige para su configuración la aparición de: *“pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad”*².

Esto, desde luego, no es posible en la Ley 906 de 2004, donde a lo sumo la parte o interviniente que pretende acudir a la acción de revisión puede encontrar un elemento material probatorio no conocido al tiempo de los debates, el cual solo podrá transformarse en prueba al ser practicada en un juicio.

En este orden de ideas, a quien pretendiera ejercer la acción de revisión por la causal tercera se le estaría obligando a lo imposible, exigiéndole aportar una prueba practicada en juicio que, precisamente, no fue conocida al momento de desarrollar el juzgamiento que dio como resultado la sentencia que se acciona y por lo tanto puede no haber adquirido esta calidad todavía.

Para superar este impase, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el concepto de prueba de la causal tercera de revisión no puede ser tomado en un sentido estricto, sino que por prueba debe entenderse todos los medios cognoscitivos que se puedan encontrar y que puedan, en un eventual juicio rescisorio, practicarse como pruebas.

En este sentido la Corte ha dicho:

“Para el ejercicio de la acción de revisión en el marco del sistema oral, se considera prueba, desde el punto de vista formal, no sólo la que ha sido sometida a debate ante un juez de conocimiento en un juicio oral, sino los

² Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31 de agosto de 2004) Por la cual se expide Código de Procedimiento Penal. Artículo 192.

llamados en el nuevo modelo de enjuiciamiento medios cognoscitivos, entre los que se encuentra los elementos materiales probatorios y evidencia física, los informes, el interrogatorio a indiciado, la aceptación del imputado y la prueba anticipada”³.

Como puede observarse de la postura de la Corte, la acción de revisión por causal tercera dentro de la Ley 906 de 2004 puede promoverse con base en cualquier medio cognoscitivo (prueba en sentido formal) que cumpla con los requisitos de ser novedoso y tener la suficiente entidad o trascendencia para demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Esta postura pareciera resolver el problema inicialmente planteado, ya que permite descartar la idea de prueba como solo la practicada en juicio. No obstante, la jurisprudencia abre la posibilidad de ejercer la acción aportando como “prueba nueva” medios cognoscitivos sin vocación probatoria, como el interrogatorio del indiciado o la aceptación de cargos.

En el presente trabajo nos enfocaremos en la situación de la persona que, habiendo sido condenada en firme de manera injusta dentro de un trámite de la Ley 906 de 2004, acude a la causal tercera de revisión anexando como prueba nueva el interrogatorio de un tercero que demuestra su inocencia.

En este sentido, la posibilidad que abren los diferentes pronunciamientos judiciales del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria⁴, al presentar la posibilidad de que se promueva la acción aportando como prueba nueva el interrogatorio de algún tercero, recogido en las etapas de indagación o investigación, genera dificultades jurídicas que deben ser abordadas.

Teniendo en cuenta que el interrogatorio de un indiciado no es un elemento material probatorio, ni una prueba, ni tiene vocación de convertirse en prueba en el juicio,

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 24 de junio de 2009. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Rad. 30870.

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de julio de 2010. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Rad. 31506, entre otros.

para adelantar el juicio rescindente el tercero deberá ser citado a comparecer ante el juez de la revisión, en donde deberá practicarse su testimonio con atención a la inmediación, publicidad y contradicción.

Sin embargo, teniendo en cuenta que al tercero que rindió el interrogatorio le asiste un derecho de no autoincriminación, el cual debe extenderse incluso al proceso de revisión, este puede elegir no comparecer a la declaración, comparecer y no declarar, guardar silencio ante algunas de las preguntas o simplemente faltar a la verdad en sus respuestas.

La primera cuestión que pretende resolver este trabajo es la siguiente: ¿cómo debe resolver el Juez de la revisión, que el tercero, quien rindió el interrogatorio utilizado para promover una demanda de revisión por causal tercera, decida ejercer su derecho a la no autoincriminación no acudiendo a la práctica de su testimonio en el juicio rescindente, o acudiendo y guardando silencio?

El texto resuelve si es posible dotar al interrogatorio de la condición de prueba en esta circunstancia, si se podría aplicar a este la regla de la prueba de referencia contenida en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, o si sería posible levantar la no autoincriminación para el juicio rescindente.

La respuesta a la que se llega es que el interrogatorio no puede ser una prueba, no solo porque su práctica se realiza por fuera del juicio, sin atención a la inmediación y contradicción propias de la Ley 906 de 2004, sino porque se trata de un elemento cognoscitivo que no tiene vocación probatoria, es decir, bajo ningún mecanismo procesal puede convertirse en prueba, en tanto la versión del indiciado en juicio depende de que este renuncia a su garantía de no autoincriminación en este escenario.

En este mismo sentido, se contesta que el interrogatorio no puede transformarse en prueba de referencia, en primer lugar, porque no se estaría en una de las situaciones que lo permiten la Ley 906 de 2004, y en segundo lugar por cuanto si bien resulta similar a una entrevista, quien rinde la entrevista tiene una obligación

de declarar, mientras que quien rinde el interrogatorio no, pues para hacerlo deberá renunciar a su derecho a la no autoincriminación.

Finalmente, en un ejercicio de ponderación, se determina que no es posible hacer retroceder la no autoincriminación como derecho del tercero que rindió el interrogatorio, en favor del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado injustamente que acude a la revisión, por cuanto la medida de levantar el primero de los derechos podría llegar a resultar idónea y necesaria, pero no sería proporcional en sentido estricto.

Ante estas consideraciones, se concluye que si la persona que rindió el interrogatorio que fundamentó la demanda de revisión ejerce su garantía de no autoincriminación en el juicio rescindente, no asistiendo a este o asistiendo, pero negándose a declarar, la solución jurídica sistemática sería que el juez de la revisión decretara no probada la causal tercera.

De todas maneras, si el indiciado comparece y se practica su testimonio, y asumiendo que el juez de la revisión determine que este tiene la entidad para demostrar la inocencia del condenado, correspondería dar por probada la causal y desarrollar el juicio rescisorio, en el cual deben practicarse nuevamente la totalidad de las pruebas y tomar una nueva decisión teniendo en cuenta, esta vez, esa prueba que no se pudo conocer cuando se adelantó el primer juicio.

La segunda cuestión surge cuando se plantea la posibilidad de que el tercero que rindió el interrogatorio no acuda al juicio rescisorio ejerciendo su garantía de no autoincriminación en los términos anteriormente descritos.

Aquí el interrogante sería el siguiente: ¿cómo debe resolver el juez de conocimiento que el indiciado quien declaró en el juicio rescindente decida ejercer su derecho a la no autoincriminación no acudiendo a la práctica de su testimonio en el juicio rescisorio, o acudiendo y guardando silencio?

¿Cómo debe resolver el derecho penal colombiano la situación? Cuando, por virtud del juicio rescindente, se ha afirmado que el testimonio tenía la entidad de demostrar

la inocencia del condenado y, en consecuencia, puede resaltar la injusticia material de la sentencia condenatoria ya emitida.

Las respuestas a este interrogante dentro del texto parten de la valoración de situaciones muy similares a las examinadas respecto del juicio rescindente, por cuanto se afirma que tampoco es admisible que el interrogatorio funja como prueba o haga las veces de prueba de referencia.

No obstante, en el escenario del juicio rescisorio aparece una nueva posibilidad, y es que como el tercero ya declaró en el juicio rescindente, se tiene que su versión se ha practicado como prueba dentro de un proceso, lo que abre la puerta para introducir su versión como prueba trasladada al trámite penal del juicio rescisorio.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en numerosas ocasiones que la prueba trasladada no tiene aplicación en el proceso penal de la Ley 906 de 2004⁵, lo anterior ya que su admisión quebrantaría los principios de contradicción e inmediación de la prueba.

En el caso del principio de contradicción, la misma regulación de la prueba trasladada en Colombia permite superar esta objeción, por cuanto la prueba trasladada, para tener validez en el proceso de destino, requiere que haya sido solicitada por la parte en contra de quien se aduce o haberse practicado en una audiencia con la presencia de esta parte.

Si estas circunstancias no concurren, el Juez debe abrir un espacio para ejercer la contradicción de la prueba trasladada, por lo que en uno o en otro escenario, este medio probatorio siempre va a garantizar la contradicción de la persona en contra de quien se aduce.

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Rad. 50492.

La objeción restante, la inmediación, presenta un panorama más complejo. Lo cierto es que la prueba trasladada no es inmediata por el juez de conocimiento en lo penal, lo que en principio sí quebrantaría este principio probatorio.

No obstante, el principio de inmediación es un principio en retroceso en el procedimiento penal colombiano, no solo porque tiene una serie de excepciones legales y jurisprudenciales, sino porque en los últimos años se han agregado más instancias en las que la inmediación no es necesaria, las cuales ya no corresponden a las razones tradicionales para permitir esta situación.

Inicialmente, el actual Código de Procedimiento Penal admitía dos grandes excepciones al principio de inmediación: la prueba de referencia y la prueba anticipada. La admisibilidad de las dos dependía de una serie de circunstancias excepcionales que no permitían que la prueba fuera practicada en el juicio.

Así, en el caso de la prueba de referencia, esta necesitaba que el declarante perdiera la memoria, fuera secuestrado o estuviera sometido a un evento similar, que redundara en su incapacidad para transmitir los hechos que presenció por medio de sus sentidos.

De manera similar, la prueba anticipada solo se permitía en aquellos casos donde se avizoraba que la prueba no iba a poder practicarse en juicio, por cuanto esta se iba a perder o iba a resultar alterada con antelación a la realización del juicio oral.

De todas maneras, si la prueba conservaba su integridad y sentido para el momento del juicio, esta debía repetirse, sin que fuera posible utilizar la práctica anticipada ante el Juez de Control de Garantías por cuanto ya no se justificaba la falta a la inmediación.

No obstante, en los últimos años, la legislación ha introducido una serie de excepciones a la inmediación que ya no se fundan en la imposibilidad de practicar la prueba dentro del juicio oral, sino que responden a razones como la seguridad del testigo, o la probabilidad de que este no comparezca de manera voluntaria al juicio oral.

Es así como las leyes, 1908 de 2018⁶ y 1959 de 2019⁷ modificaron el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en donde se regula la prueba anticipada, para permitir, de manera genérica, su aplicación en las investigaciones en contra de Grupos Delictivos Organizados y en aquellas por el delito de violencia intrafamiliar.

Pero estas modificaciones no solo habilitan a la práctica de la prueba anticipada en estos escenarios, sino que también permiten prescindir de la repetición de la prueba en la audiencia de juicio oral, en el caso de las investigaciones en contra de Grupos Delictivos Organizados, por razones de seguridad del testigo o su familia, o cuando no es posible ubicarlo, y en los casos de violencia intrafamiliar cuando exista re victimización, manipulación, afectación emocional del testigo o dependencia económica con el agresor.

Incluso, en el caso de las investigaciones en contra de Grupos Delictivos Organizados, solo se permite repetir el testimonio a través de videoconferencia, por lo que de todas maneras la inmediatez se ve mermada.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la inmediatez, si bien se trata de un principio probatorio de la Ley 906 de 2004, no hace parte del contenido mínimo de debido proceso que debe tener todo proceso penal, y tampoco hace parte de las obligaciones internacionales contenidas en tratados sobre derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos.

A partir de lo anterior, y realizando un test de ponderación basado en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, el texto argumenta que es posible hacer prevalecer, en el caso particular de la acción de revisión que se impetra por causal tercera teniendo como base un interrogatorio de un tercero,

⁶ Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908. (9 de julio de 2018). Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2018.

⁷ Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1959. (20 de junio de 2019). Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar. Bogotá D.C., 2019.

el derecho a la tutela judicial efectiva de quien es condenado injustamente por sobre la inmediación como principio probatorio del proceso penal acusatorio.

La solución que propone el texto es admitir una nueva excepción al principio de inmediación bajo la figura de la prueba trasladada, con el fin de permitir que la versión del testigo, recibida en el juicio rescindente, sea admisible en el juicio rescisorio, cuando este se trata de un indiciado que no comparece al juicio oral o comparece y no declara en ejercicio de su garantía de no autoincriminación.

Esta conclusión se apoya, en parte, en que la lesividad que representa para el principio de inmediación está menguada por el tipo especial de prueba trasladada que esta sería, ya que estaría recibida dentro de un proceso con reglas probatorias similares a las del proceso penal, sería inmediateada por el máximo órgano de cierre en lo penal o por una un Tribunal Superior de Distrito Judicial, tendría la presencia de las mismas partes del proceso que dio origen a la revisión y, se trataría de una práctica probatoria enfocada en el mismo punto que el juicio rescindente: la responsabilidad penal o inocencia del acusado en juicio.

2. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

2.1 la acción de revisión: naturaleza y características.

La comisión de un injusto fundamenta el ejercicio de tres acciones diferentes, la acción penal, la acción civil y la acción de revisión. A diferencia de la acción penal o la acción civil, la acción de revisión es la única que no se puede ejercer de manera inmediata una vez ha ocurrido el delito, ya que tiene por presupuesto la terminación del proceso penal a través de la emisión de una sentencia en firme o de algún mecanismo de terminación anticipada del proceso como la preclusión⁸.

Sin embargo, a pesar de esta diferencia, la revisión es una acción⁹ en el mismo sentido que la penal o la civil, por cuanto se desarrolla en un proceso autónomo, con reglas procesales propias y con una finalidad particular.

Así como la acción penal desencadena un proceso cuya finalidad es juzgar la responsabilidad penal de personas naturales¹⁰, la revisión penal es una verdadera acción que tiene su fundamentación en la justicia y la verdad material¹¹, y tiene como finalidad determinar la existencia de una injusticia¹² que se ha producido con la emisión de un fallo condenatorio o absolutorio que ha quedado en firme¹³.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de mayo de 2019. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Rad. 53632.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de noviembre de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 50922.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2005.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 52605.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de abril del 1997. M.P. Fernando Arboleda Ripoll. Rad. 11886.

¹³ Si bien se habla de un error, este no corresponde a un error intrínseco que presenta la sentencia o providencia, como lo podría ser un error de argumentación o interpretación jurídica, sino una falsa representación producto de una situación extrínseca como el desconocimiento de un hecho relevante.

En este sentido, es necesario diferenciar el proceso penal del proceso de revisión penal, por cuanto si bien se encuentran ligados, incluso siendo regulados en el mismo Código procedimental, responden a naturalezas diferentes.

El proceso de revisión penal solo puede empezar cuando el proceso penal ha terminado, por cuanto ya se ha producido una decisión en firme, y es precisamente esta decisión la que resulta siendo el objeto de la revisión.

En este orden de ideas, mientras que el proceso penal pretende emitir un juicio sobre un comportamiento humano y los resultados o efectos que se le puedan atribuir a este; el procedimiento de revisión juzga una providencia para determinar si la misma presenta un aspecto que la torna materialmente injusta, caso en el cual se procederá su corrección, siempre y cuando concurra una de las causales taxativas consagradas para su procedencia.

La revisión, entonces, tiene un fundamento constitucional en el artículo 2 de la constitución de 1991, en donde se erige como un fin del Estado la vigencia de un orden justo, lo cual, desde luego, debe ser extendido a los pronunciamientos judiciales sobre responsabilidad penal.

Así las cosas, al ser la revisión una acción autónoma, está dotada de una serie de características propias, como las siguientes¹⁴:

Es *jurisdiccional*¹⁵, es decir que la determinación de la causal de revisión está en manos de una autoridad judicial. En el caso de Colombia, la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, son los encargados de pronunciarse respecto del acaecimiento o no de una de las causales de revisión.

¹⁴ La sistematización de unas características de la revisión proviene de los contenidos de las clases de maestría del profesor Fernando Arboleda Ripoll.

¹⁵ Código de Procedimiento Penal. Op. Cit. Artículos 32 y 33.

Es *taxativa*¹⁶, por lo que, aun cuando se fundamenta en la justicia material, solo puede ser invocada con la acreditación de una de las causales que expresamente describe el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Es una acción de *doble juicio*¹⁷, la acción de revisión comprende, por regla general, dos juicios: el rescindente y rescisorio. El primero está encaminado a que la autoridad competente determine la existencia de la causal por la cual procede la revisión; mientras que el segundo, el rescisorio, es un nuevo juicio en el cual ya no está presente la circunstancia que originó la injusticia.

Para el caso que nos ocupa en el presente trabajo, el de la prueba nueva, el juicio rescindente tendrá como objeto determinar si en efecto el medio cognoscitivo aportado por el accionante con la demanda tiene la calidad de prueba nueva, por cumplir con la suficiente trascendencia como para demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Por su parte, el juicio rescisorio es un nuevo juicio de responsabilidad penal, adelantado ante el juez de conocimiento, en el cual se va a incluir, junto con las pruebas practicadas en el proceso penal que terminó con la sentencia condenatoria cuestionada, la práctica de la prueba nueva, con el fin de que sea valorada junto con el resto del acervo probatorio.

Así, se logra eliminar la circunstancia que dio origen a la revisión, que es el desconocimiento de una prueba que tenía una vital importancia para la emisión de un juicio de responsabilidad penal.

No obstante, existen causales cuyo desarrollo no implican un juzgamiento a doble juicio, sino que se adelantan únicamente a través del juicio *rescindente*¹⁸. Es el caso, por ejemplo, de la causal segunda¹⁹; si lo que se comprueba en el juicio *rescindente*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de agosto de 1983. M.P. Darío Velásquez Gaviria. Rad. 406330

¹⁷ Artículo 196 del Código de Procedimiento Penal. Op. Cit.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de octubre de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 49517.

es que para el momento en el cual se imputó, o en el cual quedó en firme la sentencia condenatoria, la acción penal se encontraba prescrita, no tendría sentido adelantar un juicio *rescisorio*, por lo que en estos eventos la magistratura que conoce el asunto debe resolverlo de fondo de manera directa sin necesidad de remitir el proceso a un juez de conocimiento.

Es *intempora*²⁰. A diferencia de la acción penal, que está regida por un término de prescripción, e incluso uno de caducidad para los delitos querellables, la acción de revisión puede ser interpuesta en cualquier tiempo, y no está sometida a un término máximo antes del cual deba ejercerse.

Esto, inicialmente la transformaría en una de las pocas acciones perpetuas, ya que incluso la muerte del condenado no impediría su ejercicio, por cuanto sus herederos tendrían el derecho de acudir a este mecanismo con el fin de rectificar el buen nombre del causante, quien, a través de la verdad procesal del Estado, resulto responsable de manera injusta.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dejado en claro que, para efecto de la acción de revisión colombiana, la muerte del condenado o absuelto en el proceso de instancias es causal de terminación de la acción, la cual no puede ser ejercida por sus herederos o su cónyuge²¹.

La razón de ser de su intemporalidad proviene de su origen en la justicia material, por cuanto se entiende que no existe un término máximo en el cual se deba rectificar una injusticia, ni un límite a la necesidad de rectificar la imagen de quien ha sido condenado sin merecerlo.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49921.

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de mayo de 2012. M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rad. 36151, y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de junio de 2019. M.P. Julio Andrés Sampredo Arrubla. Rad. 53696.

En este sentido, la acción de revisión tampoco tiene, y de hecho no aparecen en el Código de Procedimiento Penal, causales que la extingan, como sí ocurre con el proceso penal con la muerte, prescripción, oblación, entre otras²².

Es *dispositiva*²³. La acción de revisión se promueve por parte de alguno de los legitimados (el condenado, sus herederos, la víctima o la fiscalía)²⁴, por lo que el proceso de revisión no puede ser abierto de oficio. En este mismo sentido, el juez de la revisión está atado por la o las causales invocadas por quien acude a esta²⁵, no pudiendo excederse de lo pedido ni encausar el proceso hacia causales no invocadas.

Esto, desde luego, no implica que la acción de revisión pueda ejercerse una única vez, ya que, si esta no resultase procedente por la causal invocada, los legitimados pueden intentar nuevamente promover la acción por la misma causal, si concurren nuevos elementos, o por otra, si apareciera su fundamento con posterioridad.

Es *pública*. Si bien la acción de revisión solo puede ser iniciada por alguno de los legitimados en la causa, cuando estos deciden hacerlo, y por un interés que es marcadamente privado (levantar la cosa juzgada y dejar sin efectos una condena, una absolución o una terminación del proceso); la acción de revisión discute aspectos públicos relacionados con los fines del Estado²⁶.

Como hemos dicho, en el caso colombiano, la acción de revisión reafirma lo contenido en el artículo 2 de la Constitución de 1991²⁷, que define como uno de los

²² Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 599. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Artículo 82.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de mayo de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 50213.

²⁴ Código de Procedimiento Penal colombiano. Op. Cit. Artículo 193.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 50213.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-442 de 2007.

²⁷ Colombia. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Nacional de 1991. “*Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida,*

finés esenciales del Estado asegurar la vigencia de un orden justo, el cual no puede existir cuando se mantiene la cosa juzgada de sentencias que contienen injusticias materiales.

Así las cosas, el debate que se libra en la revisión es una cuestión pública, que denota la necesidad constante del Estado de garantizar a los administrados que los fallos emitidos por el poder judicial tengan el contenido de justicia mínimo para ser legítimos y, en consecuencia, admisibles constitucionalmente.

Es *autónoma*²⁸. En concordancia con lo que hemos venido sosteniendo, la acción de revisión implica el adelantamiento de un proceso propio, regido por sus propios principios, causales y finalidades, por lo que no depende de otros procesos ni se trata de un recurso o incidente, más allá de que presupone la terminación del proceso penal con efectos de cosa juzgada.

En este sentido, la acción de revisión no es un incidente, por cuanto no resuelve sobre una materia incidental dentro de un procedimiento más grande, y tampoco es un recurso ya que no promueve el proceso a una instancia superior con el fin de remediar los yerros de la instancia inferior²⁹.

Por esto, la acción de revisión es autónoma, porque si bien presupone la ocurrencia de un evento (así como el proceso penal presupone la existencia de un comportamiento humano punible) no se encuentra atada sino a su propia lógica, y es a través de su propio debido proceso que debe resolver los problemas jurídicos que se le presentan.

Es de *única instancia*³⁰. El juicio rescindente se adelanta en una única instancia ante la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por lo que las decisiones tomadas en torno a la procedencia de la acción no pueden ser

honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 50213.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 31 de julio de 2019. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero. Rad. 54206.

recurridas en apelación, con el objetivo de promover la controversia a una instancia superior.

Lo anterior, como afirmamos en antecedencia, no quiere decir que la acción de revisión pueda ser promovida una única vez, ya que puede intentarse varias veces, incluso por la misma causal, siempre y cuando se fundamente en aspectos, hechos o pruebas diferentes.

Esto, desde luego, no aplica al juicio rescisorio, que no se adelanta en única instancia, sino que, al tratarse de un nuevo juicio de primera instancia, permite que su fallo sea apelado y llevado a casación.

Es *probatoria*. La acción de revisión, en la mayoría de sus causales, requiere de un debate probatorio que debe partir de la actividad del accionante, sobre quien pesa la carga de demostrar la ocurrencia de la causal³¹, por lo que este debe acreditar sumariamente los motivos que fundamentan la acción mediante el anexo de las pruebas a la demanda, las cuales serán repetidas con inmediatez en el trámite del juicio rescindente.

Dicho lo anterior, y en contraposición de lo que ocurre en el proceso penal, el Juez de la revisión tiene iniciativa probatoria³², por cuanto tiene como objetivo determinar la verdad y materializar la justicia, y en consecuencia puede decretar pruebas de oficio más allá de las anexadas con la demanda, si es que las considera pertinentes para determinar la existencia de la causal.

2.2 el régimen probatorio de la acción de revisión.

En el auto del 15 de octubre de 2008, emitido dentro del proceso radicado No. 29626, la Corte Suprema de Justicia indicó que debía diferenciarse entre: las evidencias que fundamentan la pretensión de la acción y, por lo tanto, necesarias, a efectos de la admisión de la demanda; y las pruebas exigidas a efectos de

³¹ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 50213.

³² *Ibíd.*

demostrar la configuración de la causal. Al respecto surge la pregunta sobre ¿cuál debe ser el régimen probatorio debe aplicarse en este segundo evento?, ¿debe aplicarse el régimen del proceso penal o tiene la revisión una serie de principios probatorios autónomos? En la misma providencia se indicó:

“Para el segundo, sólo son válidos los practicados y controvertidos ante el juez de revisión, en la audiencia del juicio rescindente prevista por el artículo 195 del Código y por excepción, las que tienen la condición de prueba anticipada, en los casos taxativamente autorizados por el artículo 284 del código.”³³ (Pies de páginas del original omitidos).

En este sentido, la Corte parecía indicar que la etapa probatoria del juicio rescindente debía seguir las mismas reglas del proceso penal; a pesar de esto, en una ocasión posterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP9864-201, radicado 42088 del 30 de julio de 2015, matizó su postura y puso de presente que el régimen probatorio consagrado en el proceso penal previsto en la Ley 906 de 2004 no puede ser aplicado en su totalidad en el desarrollo del trámite de la acción de revisión previsto en el artículo 195 de la misma codificación. Así lo indicó:

“Ahora bien, ya que se trata de un proceso de revisión, no de uno ordinario, ni de un juicio donde se pretenda nuevamente debatir la responsabilidad del procesado, las pruebas deben ser aducidas, allegadas, aportadas o incorporadas en las etapas previstas legalmente, las cuales se corresponden en términos generales con: i) la presentación de la demanda, como que en desarrollo del numeral 4º del artículo 194 ídem la Corte ha entendido que se deben acompañar las pruebas que sumariamente sustenten la procedencia y seriedad de la acción so pena de rechazo de la demanda; ii) también con el auto admisorio de ésta por cuanto en él se ordena allegar el proceso objeto de la acción; iii) con el traslado de apertura a pruebas que por lapso de 15

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 15 de octubre de 2008. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Rad. 29626.

días dispone el artículo 195 y iv) con la audiencia a que se refiere la misma norma, en la que habrán de practicarse las decretadas.”³⁴

Adicionalmente, la Corte indicó que dependiendo de la causal invocada se deben seguir reglas relativas a la misma, es así como las causales que para su admisión requieran el aporte de documentos públicos, como la cuarta, quinta y sexta, no requerirán de testigo de acreditación para su introducción³⁵ como tampoco ser practicadas nuevamente en la audiencia del inciso 6° del artículo 195 de la Ley 906 de 2004, lo cual no impide que puedan ser objeto de controversia en la citada audiencia y en las alegaciones finales. Incluso puede tornarse innecesario el debate probatorio, tal es el caso de la causal séptima³⁶.

En relación con la causal tercera se dijo:

“Desde luego lo afirmado se comprende relativizado a las citadas causales en las que por demás se trata del aporte de documentos públicos, no así en frente especialmente del motivo tercero porque aunque el demandante debe acompañar prueba sumaria de sus atestaciones es claro que la que se aduce como nueva o la que pretende acreditar el hecho novedoso sí debe decretarse, practicarse e introducirse bajo las previsiones que en esa materia probatoria señala la Ley 906 de 2004 para los procesos ordinarios.”

En contraposición, ese mismo año la Corte Suprema de Justicia en auto AP5150-2015, dentro del radicado 45192 el día 9 de septiembre de 2015, expuso:

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de julio de 2015. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Rad. 42088.

³⁵ Es importante resaltar que al momento de proferir esta sentencia se encontraba vigente el criterio jurisprudencial que indicaba que era necesario la introducción de los documentos (incluidos los públicos) a través de testigo de acreditación para adquirieran estatus de prueba. En relación con este tema Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de julio de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad. 46278, misma providencia que retomó el anterior criterio “según el cual el testigo de acreditación sólo 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”.

³⁶ Ibid.

“La Corte considera que el régimen probatorio, en cuanto a la solicitud, decreto y práctica, tratándose de la acción de revisión, debe estarse a las reglas de que trata la Ley 906 del 2004, en tanto ha sido reiterada su postura respecto de que para presentar la demanda es permitido el aporte de cualquiera de los medios cognoscitivos previstos en el estatuto para las fases de indagación e investigación. Por el contrario, para proferir el fallo que resuelva la acción solo pueden considerarse aquellas que han sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento, en este caso, de la revisión.”³⁷

Es decir, en esta última providencia la Corte Suprema de Justicia definió su posición indicando que, para dictar sentencia de revisión, se deben decretar y practicar en audiencia (incluso nuevamente) todas las pruebas pertinentes para la demostración de la causal tercera de acuerdo con las reglas probatorias propias del proceso penal de la Ley 906 de 2004. La Corte, para concluir lo anterior, recopiló antecedentes jurisprudenciales en el mismo sentido³⁸, con lo cual retomó la postura jurídica asumida en el año 2008.

Finalmente, en reciente pronunciamiento la Corte reiteró que *“las pruebas ordenadas se practican “en audiencia”, lo cual supone que ello se haga en presencia del Juez, con atención a los principios de inmediación y publicidad, y con arreglo a las normas que para ese efecto prevé la Ley 906 de 2004”³⁹*. Sin embargo, a párrafo seguido contrastó, al concluir: *“Ello no impide, con todo, que algunos de los medios de conocimiento aportados en sustento de la demanda, en atención a su naturaleza, sean valorados por el funcionario para efectos de proferir fallo, conforme lo precisó la Sala en CSJ SP, 30 jul. 2015, rad. 42088”⁴⁰*.

De la anterior revisión jurisprudencial podemos extraer lo siguiente: según la jurisprudencia, en la práctica probatoria realizada en la audiencia del artículo 194

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 9 de septiembre de 2015. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 45192.

³⁸ Entre otros: Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 29626.

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 50213.

⁴⁰ Ibid.

del Código de Procedimiento Penal deben seguirse los lineamientos propios de este estatuto procesal; sin que esto sea óbice para que algunos elementos introducidos al trámite en fases previas sean tenidos en cuenta (dependiendo de su naturaleza) para ser valorados y tomar una decisión de fondo sobre la existencia de la causal o no por parte del juez de la revisión. En todo caso y, tratándose de la prueba nueva, esta siempre: *“debe decretarse, practicarse e introducirse bajo las previsiones que en esa materia probatoria señala la Ley 906 de 2004 para los procesos ordinarios”*⁴¹.

Esta postura, a pesar de representar el estado actual de la jurisprudencia, no concuerda nuestra posición en el presente trabajo, por lo que en los capítulos posteriores desarrollaremos por qué esto no debe ser así y cómo deben construirse los principios probatorios de la acción de revisión.

Por otra parte, siguiendo con la exploración de las reglas probatorias de la revisión, vale la pena preguntarnos si el juez que conoce la acción de revisión en sede del juicio rescindente puede decretar pruebas de oficio o si, por el contrario, le está vedado, al igual que a los jueces que conocen de la etapa de juzgamiento en la Ley 906 de 2004.

A este respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió evaluar los precedentes jurisprudenciales que en relación con este tema se habían emitido con el fin de realizar un estudio y sentar postura sobre el mismo, debido a que la Corporación había tomado decisiones opuestas.

Por ejemplo, en el año 2015 la Corte Suprema de Justicia en auto de revisión AP5150-2015 del día 9 de septiembre de 2015, dentro del radicado 45192, sin hacer un análisis a profundidad del asunto, negó la práctica de un reconocimiento en fila de personas en la audiencia de pruebas, pues consideró que su introducción en dichas condiciones suponía que el juez del juicio rescindente decretaba una prueba de manera oficiosa, situación que en criterio de la Corte reñía con el principio de

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 29626.

imparcialidad: “en tanto tendría que decidir sobre aspectos tales como quiénes deben conformar la fila”.

En contraposición, la misma Corporación, en 2017, resolvió el decreto de pruebas de oficio y sin hacer mayor consideración al respecto⁴².

Luego de analizar los precedentes citados, preliminarmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concluyó:

“A partir de las consideraciones que anteceden, la Sala sostiene las siguientes conclusiones: i) la prohibición 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; ii) en consecuencia, no existe una proscripción que expresamente impida al Juez decretar y practicar pruebas de oficio en otras fases del procedimiento o en trámites distintos del juicio regulados en la Ley 906 de 2004; iii) en razón de lo anterior, la jurisprudencia constitucional y ordinaria han afirmado que tanto los Jueces de Control de Garantías como 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; iv) 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”⁴³.

Como hemos anticipado, la finalidad de la acción de revisión, en particular en el juicio rescindente, es verificar la existencia o no de una incorrección en la sentencia que pueda tornar su ejecutoria en una situación injusta que, por ser contraria a los fines de un Estado Social y Democrático de Derecho, debe corregirse; mientras que

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49038.

⁴³ Corte Suprema de Justicia. Op Cit. Rad. 50213.

el ejercicio de la acción penal implica la valoración de una conducta con el fin de determinar si la misma constituye una infracción al derecho penal y si un sujeto determinado es responsable por la comisión de la misma.

Como quiera que las finalidades de la acción penal y de revisión son diferentes, es apenas natural que cada una tenga sus reglas propias en relación con el debido proceso, encaminadas siempre a la consecución de sus objetivos y, si bien es cierto que la revisión integra a su trámite gran cantidad de reglas procesales de la Ley 906 de 2004; también lo es que su especial finalidad impone la adopción, en ciertos aspectos, de especiales consideraciones so pena de la inocuidad de sus postulados. Así lo entendió la Corte en el mismo pronunciamiento antes citado:

“Admitida la demanda de revisión – lo cual supone que el interesado ha acreditado la prosperidad de la acción en un grado suficiente para habilitar su estudio de fondo -, resultaría contrario a la finalidad del mecanismo que, por razón de las falencias probatorias en que puedan incurrir el demandante o las partes, el Juez se vea obligado a descartar la pretensión y declarar infundada la causal invocada sin contar con elementos de juicio suficientes que permitan abordar de manera adecuada el problema jurídico.

En igual sentido, redundaría en una injusticia violatoria de la teleología de la acción de revisión que el Juez, por carecer de las pruebas necesarias para tomar una decisión informada, invalide un fallo ejecutoriado al que no subyace iniquidad alguna, determinado exclusivamente por los medios suasorios aportados por las partes y sin posibilidad de disponer la práctica de los que estime necesarios para ratificarlos, corroborarlos o controvertirlos.

Lo primero implicaría hacer persistir en el tiempo un acto de injusticia y, lo segundo, remover el efecto de la cosa juzgada de una providencia judicial ajustada a derecho, consecuencias ambas indeseables, cuyo riesgo de ocurrencia puede minimizarse a través de la iniciativa probatoria del funcionario encargado de decidir.”⁴⁴

⁴⁴ Ibíd.

Esto no se contrapone al principio de imparcialidad, pues la finalidad de revisar la justicia de la sentencia se erige como un interés a quienes intervienen en ella, en tanto el Estado social de derecho tiene como fin esencial asegurar la vigencia de un orden justo al tiempo que debe garantizar la aplicación efectiva de los derechos consagrados en la Constitución⁴⁵. Así lo entendió la Corporación:

“En ese entendido, la iniciativa probatoria oficiosa que despliegue el Juez – a diferencia de lo que sucedería en el juicio - no tendrá por efecto el favorecimiento – consciente o inconsciente – de una pretensión de parte, con la consecuente afectación del equilibrio procesal y el menoscabo de principios como la presunción de inocencia e in dubio pro reo, sino la aproximación a un interés común a todos quienes intervienen en el trámite de la acción de revisión, cual es, se insiste, la corrección de una eventual injusticia”⁴⁶.

Razón por la cual cuando el juez de conocimiento de la revisión advierta que es necesario decretar oficiosamente la práctica de pruebas, con el fin de acreditar la procedencia de la causal invocada, este puede hacerlo. Así lo reiteró en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto de revisión AP1687-2019 de fecha 8 de mayo de 2019, M.P., Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 53619.

De todo lo anterior podemos extraer entonces que, para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en materia probatoria, a la acción de revisión le aplican los mismos principios probatorios del proceso penal, salvo por la prueba de oficio, la cual si es admisible para el juez de conocimiento de la revisión.

⁴⁵ Constitucional Nacional. Op. Cit. Artículo 2.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 50213.

3. LA CAUSAL TERCERA DE REVISIÓN

3.1 Aspectos históricos de la causal tercera de revisión.

La causal tercera de revisión, que se encuentra en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, nos indica: “3. *Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad*”.

Esta causal tuvo su primera aparición en el Código de Procedimiento Penal expedido por medio de la Ley 94 de 1938, que en su artículo 571.5 disponía que “[c]uando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad”.

Esta misma formulación se mantuvo en el Código de Procedimiento Penal de 1971, promulgado a través del decreto 409 de ese año, en el cual se consagraba la revisión como un recurso equiparable al de casación.

Esta legislación establecía en el artículo 584.5 la siguiente redacción: “5o. *Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad*”.

Como puede observarse, esta formulación era similar a la actual, ya que permitía el ejercicio del entonces recurso de revisión por la aparición de hechos o pruebas nuevos que establecieran la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

Donde difería sustancialmente la causal de 1971 (en relación con la actual) era en abrir espacio al juicio rescindente cuando los hechos o pruebas nuevas constituyeran indicios graves de inocencia o irresponsabilidad.

Como veremos, en la actualidad, el hecho o prueba nuevos deben tener tal trascendencia o contundencia que puedan derruir por completo las conclusiones sobre la responsabilidad o imputabilidad del procesado, lo cual representa una exigencia mucho mayor que el de un indicio grave, el cual establece el hecho indicado solo en un grado de probabilidad⁴⁷.

En contraste, la causal de la Ley 906 de 2004 requiere, de la prueba o el hecho nuevos, que produzcan certeza sobre la inocencia o inimputabilidad del condenado, o por lo menos hagan discutible su verdad⁴⁸, situaciones que están en un grado de conocimiento mucho mayor al de un indicio grave, lo que representa una situación más estricta que la de 1971.

Posteriormente, la causal reapareció en el Código de 1987, el cual fue adoptado mediante el decreto 050 de ese mismo año, y seguía contemplando a la revisión como un recurso extraordinario.

Esta codificación, en su artículo 231, y a través de su numeral tercero, consagró la causal bajo la siguiente fórmula: “3. *Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o condenados*”.

Esta disposición es casi exactamente igual a la consagrada en el Código vigente; sin embargo, la causal tercera de 1987 no permitía que el hecho nuevo o la prueba nueva demostraran la inimputabilidad del condenado, ya que solo se indicaba que debía tener como fin establecer la inocencia de este.

En este sentido, este Código era más restrictivo con la causal en relación con la normativa actual. Por otro lado, ya en 1987 desapareció la posibilidad de que el hecho o la prueba nuevos generaran un indicio grave de inocencia, y se adoptó de

⁴⁷ Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p.325.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de junio de 2010. M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rad. 34171. “*que las evidencias que se aduzcan como nuevas sean aptas para establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad, o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo, haciendo que no pueda probatoriamente mantenerse*”.

manera definitiva la fórmula de que esto debe ser establecido, no indicado, modalidad que se mantiene hasta hoy.

En lo que respecta al Código de 1991, que nació a la vida jurídica mediante el decreto 2700 de ese mismo año, esta legislación reconoce de manera expresa a la revisión como una acción, y la causal, contenida en el numeral tercero del artículo 232, tiene una formulación exactamente igual a la de la actualidad.

En concordancia, a partir de 1991 resurge la inimputabilidad como uno de los posibles eventos a ser demostrados con el hecho nuevo o la prueba nueva, situación que de ahí en adelante se ha mantenido.

Finalmente, la manera como se consagra la causal relativa al hecho o prueba nueva de la acción en la Ley 600 de 2000 en su artículo 220 es la misma que en la Ley 906 de 2004, manteniéndose así el texto desde 1991.

3.2 la prueba nueva y los principios probatorios de la Ley 906 de 2004.

Dicho lo anterior, la primera situación que llama la atención sobre esto es que los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 y 2000 son sustancialmente diferentes respecto al de la Ley 906 de 2004, ya que implementan sistemas procesales penales que parten de principios completamente distantes. Mientras que en 1991 y 2000 se trataba de Códigos de corte inquisitivo o mixto, en 2004 se implementó un sistema acusatorio.

Así, por ejemplo, en los procedimientos de 1991 y 2000 la Fiscalía tenía marcadas funciones jurisdiccionales, como las de practicar pruebas, dictar medidas de aseguramiento y terminar el proceso con efectos de cosa juzgada⁴⁹.

En contraposición, en la Ley 906 de 2004, el Fiscal deja de ser un juez para acercarse a una posición pura de parte, y aunque conserva una serie de competencias jurisdiccionales⁵⁰, ya las decisiones sobre la privación de la libertad o

⁴⁹ Espitia Garzón, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio. Séptima edición. Bogotá: Legis, 2010. P. 24-29 y 36-45.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 2016.

la transformación de elementos materiales probatorios en pruebas dependen exclusivamente de un juez⁵¹.

La estructura anterior implicaba que en 1991 y 2000 existía la permanencia de la prueba⁵², esto quiere decir que cualquier prueba practicada legalmente en la fase de investigación, ante el Fiscal o quien hiciera sus veces, no debía ser repetida en el juicio oral porque ya se entendía integrada, en toda su dimensión como prueba, al expediente y, en consecuencia, se podía dictar sentencia con base en esta⁵³.

Lo anterior implicaba que era posible que, en un proceso adelantado mediante los dos anteriores códigos de procedimiento penal, se llegara al juicio sin necesidad alguna de practicar pruebas, y el juez decidiera sobre la responsabilidad valorando las pruebas ya recaudadas en fases previas del proceso.

En la Ley 906 de 2004 no existe la permanencia de la prueba⁵⁴, por lo que la figura que realza su importancia en este sistema es el juez de conocimiento, quien juzga el caso como un tercero imparcial⁵⁵, que debe extraer la verdad de los elementos que las partes le acercan para demostrar sus teorías del caso.

Como consecuencia de lo anterior, la única prueba que existe en el proceso penal acusatorio es aquella que se practica en el marco del juicio oral ante el juez de conocimiento, atendiendo los principios de inmediación, contradicción, publicidad, legalidad, entre otros⁵⁶.

Ante esto, los elementos con vocación probatoria que recaudan las partes en su actividad investigativa a lo sumo pueden denominarse elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, y aun cuando son

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2008.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de agosto de 2019. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Rad. 52001.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación del 9 de noviembre de 2006. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 25738.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005.

⁵⁶ *Ibíd.*

recopilados con la firme intención de convertirse en pruebas, no adquieren esa calidad sino hasta la audiencia de juzgamiento.

En este orden de ideas, resulta extraño, además de asistemático, que la causal tercera de revisión de la Ley 906 de 2004 hable de pruebas surgidas con posterioridad a la sentencia y que no se hubieran conocido en los debates, pues si se trata de elementos que no hicieron parte del juicio, por cuanto no fueron decretados en la audiencia preparatoria y no se practicaron en el juicio, no pueden tratarse de pruebas.

Así, las únicas dos soluciones que dejaba una interpretación exegética de la causal eran, por un lado, afirmar que esta solo podía ser promovida mediante la práctica de los nuevos elementos ante un juez de control de garantías y bajo la figura de la prueba anticipada, donde adquirirían el grado de pruebas; o, por otro, afirmar que la causal tercera solo cobijaba pruebas practicadas debidamente en otros procesos penales, las cuales pudieran demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Estas soluciones se presentaban como inaceptables, en el caso de la prueba anticipada por cuanto implicaba un enorme desgaste para el accionante, quien debía acudir ante el juez de control de garantías para practicar la prueba, la cual después debía repetirse en el juicio rescindente y, posteriormente, en el rescisorio. Un procedimiento que iba en contra de la economía procesal.

Adicionalmente, practicar la prueba anticipada con el fin de que tuviera la entidad de prueba para efectos de la causal de revisión, no es una de las circunstancias que admite el Código de Procedimiento Penal para hacer uso de este procedimiento excepcional⁵⁷, por lo que existiría duda sobre la posibilidad del juez de control de garantías de admitirlo.

⁵⁷ La prueba anticipada es una excepción, por motivos de fuerza mayor, al principio de inmediación de la prueba, por cuanto esta se practica ante un Juez diferente del Juez de conocimiento.

Sobre este punto, el artículo 284 de la Ley 906 de 2004 es claro en determinar que la prueba anticipada se practica por razones de extrema necesidad, bien sea porque se tiene un indicio razonable de que esta va a desaparecer o porque su sentido va a ser alterado.

Así las cosas, la prueba anticipada como solución al problema no era una alternativa sistemática, ya que requería ir en contra de los principios de esta institución procesal.

Por otro lado, pretender que las únicas pruebas que puedan usarse como fundamento de una demanda de revisión por la causal tercera sean aquellas practicadas en otro proceso limitaba enormemente la aplicación de la causal y representaba una enorme carga para el accionante, quien debía contar con la suficiente suerte para que justo la prueba que servía para demostrar su inocencia fuese practicada al interior de otro proceso en el cual, adicionalmente, se cuestionara el punto en específico que le absolvía de responsabilidad.

Aquí, desde luego, no pretendemos sostener que esto resultaba imposible; en especial en los procedimientos especiales de sometimiento, como la Ley de Justicia y Paz, que requieren la práctica de pruebas en las cuales los sujetos procesales hacen un relato extenso y completo de todas las actividades ilícitas en las que participaron⁵⁸, es posible encontrar dichos exculpatorios de gran valor para la acción de revisión; sin embargo, es claro que esto solo cubre a cierto tipo de delitos y en cierto marco de tiempo.

En definitiva, el problema parecía no tener una solución clara, la exigencia de la causal tercera de que el elemento nuevo fuera una prueba tenía serias implicaciones para el Sistema Penal Oral Acusatorio, las cuales no podían ser

⁵⁸ Según la interpretación Constitucional del inciso 5 del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, realizada mediante la sentencia C-370 de 2006, el postulado debe narrar la totalidad de los hechos en los que hubiera participado con ocasión de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

superadas acudiendo a la prueba anticipada o a las pruebas practicadas de otros procesos, por los motivos ya expuestos.

Frente a esta problemática se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 15 de octubre de 2008 emitido dentro del proceso radicado No. 29626, en el cual definió que para la causal de revisión que se ejercita por la causal tercera no se requería una prueba nueva en el sentido estricto de este término en el nuevo procedimiento penal, sino que por este término podía entenderse cualquier medio cognoscitivo:

“En el marco de esta nueva conceptualización surge la pregunta de si la prueba nueva que se requiere aportar en revisión para la demostración de la causal tercera, debe cumplir las condiciones que vienen de ser especificadas, es decir, haber sido debatida en un juicio oral ante el juez de conocimiento, o en audiencia preliminar ante un juez de garantías, o si basta para el logro de este propósito la aportación de elementos de convicción de carácter distinto.

La respuesta a este interrogante impone distinguir dos situaciones, (i) la prueba requerida para promover la acción, y (ii) la exigida para la demostración de la causal.

Para el primer propósito es posible utilizar cualquiera de los medios cognoscitivos permitidos por el código en las fases de la indagación e investigación, y también, los que hayan adquirido la entidad de prueba en los términos exigidos por la nueva normatividad, es decir, los que hayan sido aportados y debatidos en el desarrollo de un juicio oral.

Para el segundo, sólo son válidos los practicados y controvertidos ante el juez de revisión, en la audiencia del juicio rescindente prevista por el artículo 195 del Código y por excepción, las que tienen la condición de prueba anticipada, en los casos taxativamente autorizados por el artículo 284 del código.⁵⁹ (Pies de páginas del original omitidos).

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Op Cit. Rad. 29626.

En la misma providencia la Corporación indicó que los interrogatorios integran el concepto de medios cognitivos:

“En el grupo de los medios cognoscitivos propios de las fases de indagación e investigación el código incluye cinco categorías: (i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información, (iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipada, siendo en principio cualquiera de ellos apto para promover la acción de revisión, siempre y cuando cumplan las condiciones de licitud, legalidad y autenticidad requeridas para su admisión.

(...)

El interrogatorio a indiciado, la aceptación del imputado y la prueba anticipada, no suscitan dificultades en su comprensión, en cuanto aparecen claramente definidos y regulados en los artículos 282, 283 y 284, siendo suficiente, para su aducción y apreciación en sede de revisión, que formalmente cumplan las reglas de producción exigidas por el código para alcanzar la condición de elemento cognoscitivo legalmente válido.”

De acuerdo con esto, si el interrogatorio es tomado acorde con las reglas procesales del artículo 282 del Código de Procedimiento Penal, este puede ser utilizado con el objeto de que la demanda de revisión sea admitida, ya que en este un tercero ajeno al accionante puede relatar hechos que demuestren la inocencia del condenado de manera injusta.

En el mismo sentido dijo la Corte: *“Para el ejercicio de la acción de revisión en el marco del sistema oral, se considera prueba, desde el punto de vista formal, no sólo la que ha sido sometida a debate ante un juez de conocimiento en un juicio oral, sino los llamados en el nuevo modelo de enjuiciamiento medios cognoscitivos, entre los que se encuentra los elementos materiales probatorios y evidencia física, los*

*informes, el interrogatorio a indiciado, la aceptación del imputado y la prueba anticipada*⁶⁰.

Esta posición ha sido mantenida por el alto tribunal de manera pacífica hasta la fecha, podemos citar entre varias, el auto de revisión AP4231-2018 de fecha 27 de septiembre de 2018, en el cual se reiteró en cita extensa lo dicho en auto del 15 de octubre de 2008 emitido dentro del proceso radicado No. 29626.

Esto implica que la demanda de revisión puede ser promovida y estar acompañada de cualquier elemento recogido por la defensa, como si se encontrara en las etapas previas a la fase de juicio y al interior del proceso penal, lo cual resuelve la situación creada por la manera en que se formuló la causal en la Ley 906 de 2004.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la Corte no solo incluyó dentro de esa definición laxa de prueba a los elementos con vocación probatoria, dentro de los cuales se encuentran los mencionados elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, sino que amplió su contenido para cobijar a todos los medios cognoscitivos, mencionando explícitamente el interrogatorio del indiciado o la aceptación de cargos.

Aquí, como se verá más adelante, la Corte introdujo complejidad al asunto, por cuanto, a diferencia de los elementos materiales probatorios, los medios cognoscitivos antes citados no tienen una vocación probatoria⁶¹, por cuanto no pueden ser practicados en el juicio, más allá de que pueden venir aparejados con un medio que sí es probatorio como el testimonio.

Lo anterior se puede ilustrar mediante un ejemplo, ¿Cómo sería la práctica, en el juicio rescindente, de una aceptación de cargos? Es claro que esto no es posible, y

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 30870.

⁶¹ En contraposición con nuestra postura: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar, Rad. 47122, en esta providencia se consideró que el interrogatorio sí tiene vocación probatoria “porque *puede ser utilizado en el juicio oral para refrescar memoria o impugnar credibilidad, en los términos previstos en los artículos 392(d), 394 (b) y 403 (4) del estatuto procesal, cuando el declarante se ofrece voluntariamente a testificar, o es llamado por la fiscalía a hacerlo*”; no obstante, como se verá más adelante, este entendimiento de vocación probatoria no es a lo que nos referimos en el presente trabajo.

que lo que debe practicarse es el testimonio de la persona quien acepta cargos, y es ahí donde empieza a surgir el problema del presente trabajo.

3.3 Los elementos de la causal tercera de revisión.

Ahora, es necesario describir los 3 elementos distintivos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entiende son propios de la prueba nueva⁶², con el fin de poder establecer que en efecto colma los requisitos de la causal tercera: (i) La prueba debe ser nueva, (ii) debe ser trascendente y (iii) su ausencia en el proceso penal no debe ser producto de la negligencia o estrategia de la parte que la aduce.

En cuanto al primero de los requisitos, la Corte requiere que el medio cognoscitivo que se aporta con la demanda de revisión sea nuevo, es decir, que no se haya conocido al interior del proceso penal. Esto implica que la prueba nueva no es la controversia sobre el contenido de una prueba efectivamente practicada, la retractación de un testigo, la incorrecta valoración del acervo probatorio o el replanteamiento de hipótesis fácticas⁶³.

Por el contrario, la prueba nueva se trata de un mecanismo probatorio autónomo que nunca llegó al proceso y que demuestra que en la sentencia existe una incorrección de hecho de carácter histórico⁶⁴ o, dicho de otro modo, que el medio probatorio lo que permite corroborar es una situación fáctica desconocida por el juez de conocimiento al momento de emitir el fallo en el juicio de instancias.

Lo anterior, se extiende a todas las etapas de aducción de una prueba al proceso penal, por lo que la prueba nueva no es, por ejemplo, la que fue descubierta pero no solicitada por las partes, o la que fue solicitada, pero resultó impertinente para el Juez de conocimiento.

⁶² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 26 de septiembre de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 53619.

⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de julio de 2010. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Rad. 31506.

⁶⁴ *Ibíd.*

El segundo elemento de la prueba nueva es que esta debe ser trascendente⁶⁵, debe tener una entidad tal que su apreciación lleve a la conclusión de que se ha condenado un inocente o a una persona que no merece pena.

En este sentido, la prueba nueva debe tener un enorme poder de convencimiento, tanto como para derruir por completo la conclusión del juicio de responsabilidad al que llegó el proceso penal, y no puede ser simplemente un elemento que introduzca de manera indiciaria dudas sobre la solidez argumentativa y epistemológica del fallo.

Lo anterior se explica por cuanto la revisión exige, para levantar la cosa juzgada, un convencimiento por parte del Juez de la revisión de que se ha producido una injusticia, y en este sentido el proceso de revisión, en lo que toca al juicio rescindente, no está sometido al estándar de adjudicación del proceso penal, donde la introducción de una duda razonable es suficiente para reconocer las pretensiones de la defensa.

En el proceso de revisión, la prueba nueva debe generar en el Juez de la revisión la demostración de que el condenado era inocente o no era responsable, solo así se puede justificar el levantamiento de la cosa juzgada.

Finalmente, si bien el texto de la causal no lo dice, la jurisprudencia ha introducido la necesidad de adicionar a esta causal un tercer elemento, y es que la prueba no se haya aportado al proceso penal sin que esto respondiera a la negligencia o estrategia de quien acciona⁶⁶.

Como relatamos con anterioridad, el proceso penal de la Ley 906 de 2004 es un proceso de partes, donde Fiscalía y Defensa determinan, de conformidad con su autonomía, qué pruebas deben llevar al juicio para establecer de manera satisfactoria sus teorías del caso.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de octubre de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Rad. 49222.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 53619.

Esto implica que es posible, sobre todo en el caso de la defensa (sobre quien no pesa un deber de descubrimiento integral⁶⁷), que esta recopile un montón de elementos materiales probatorios que nunca se aporten al proceso por motivos estratégicos.

Si este es el caso, la defensa no puede con posterioridad pretender que estos elementos sean tenidos en cuenta en la revisión, por cuanto es claro que no fueron introducidos al proceso penal de conformidad con la voluntad de esta parte, quien los conocía.

De igual manera, tampoco es posible llevar a la revisión elementos materiales probatorios que no se recopilaron, aun cuando se conocían, por cuanto la parte no fue diligente en su actividad probatoria.

En este caso, es posible citar el ejemplo de la experticia que la defensa no practica en el marco del proceso penal, aun cuando podía haberlo hecho, y posteriormente pretende hacerla valer en el proceso de revisión, siendo claro que nunca solicitó el informe base de opinión pericial por su propia negligencia o decisión.

De no ser así, la defensa podría elegir ir al juicio oral sin algunas de las pruebas que podrían sustentar diferentes teorías del caso, y podría, una vez perdido el juicio, la apelación e inadmitida su demanda de casación, tratar, por medio de la acción de revisión, introducir esta nueva hipótesis en favor de su representado.

En últimas, este requisito pretende evitar que alguna de las partes haga un fraude a la ley, y por medio de la acción de revisión levante la cosa juzgada de una sentencia en la cual no se tuvo en cuenta una prueba que la parte guardó de manera intencional.

⁶⁷ Como se puede observar en el artículo 250 constitucional, la obligación de descubrir todos los elementos materiales probatorios, incluso los que favorecen al acusado, solo está en cabeza de la Fiscalía.

3.4. Los aspectos procesales de la causal tercera de revisión.

En primer lugar, el sistema de enjuiciamiento en el cual se hubiese emitido la sentencia cuya incorrección se demanda determina el procedimiento aplicable a la acción de revisión, es decir, si la condena o absolución fue proferida con sujeción a la Ley 904 de 2004 (por ejemplo) el trámite de revisión debe ceñirse a la regulación que dicho estatuto procesal⁶⁸. Así debe entenderse por lo menos en lo que se refiere a la causal tercera del artículo 192 de la Ley 906 de 2004⁶⁹.

Quien invoca la causal tercera de revisión debe anexar a la demanda, a parte de todos los anexos propios de cualquier demanda de revisión⁷⁰, una copia del medio cognoscitivo al cual pretende dársele la entidad de prueba nueva.

Una vez la autoridad competente valore la demanda y decida admitirla, citará a los no demandantes para el periodo probatorio del juicio rescindente, en el cual se podrán solicitar pruebas y se dará la práctica del medio cognoscitivo que se alegó en la demanda, con el fin de determinar si este cumple con los requisitos de novedad, trascendencia y ausencia de culpa de quien lo alega en su recolección.

Posterior a los alegatos de las partes, la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Superior de Distrito se pronunciará sobre la acreditación de la causal tercera, y, de encontrarla probada, declarará sin valor la o las sentencias en contra de las cuales se dirigió la acción, enviando el proceso a un juez del mismo rango al que se pronunció en primera instancia con el fin de que se adelante el proceso desde el punto indicado por la Corte.

Ante este nuevo juez se dará el juicio rescisorio, que no es otro que un nuevo juicio oral, seguido por las reglas del Código de Procedimiento Penal, en el cual, adicional

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 29626.

⁶⁹ Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia indicó que la causal 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 y la 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 (con el alcance que les dio la Corte Constitucional en la Sentencia C-004/2003), son aplicables incluso en relación con hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de dichos estatutos. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 49222.

⁷⁰ Contenidos en el artículo 194 de la Ley 906 de 2004. Op. Cit.

a todas las pruebas practicadas en el primer juicio, se incluirá y se podrá valorar la prueba nueva.

Terminado este juicio, y habiéndose corregido el error del proceso original, el juez de conocimiento dictará sentencia, la cual no deberá necesariamente ser en sentido contrario a la tomada originalmente en las sentencias anuladas, por cuanto es posible que, de la valoración en conjunto de las pruebas, incluso incluyendo la prueba nueva, la conclusión siga siendo la misma dejada sin efecto mediante el juicio *rescindente*.

Así las cosas, es posible ver que en la causal tercera se tiene un doble juicio, un primer juicio *rescindente* llevado a cabo para acreditar la causal y seguido por el procedimiento y reglas de la revisión; y uno segundo *rescisorio* que tiene por objeto volver a juzgar la responsabilidad penal del acusado, esta vez incluyendo la prueba nueva, y el cual se rige enteramente por las reglas procesales del proceso penal.

Como vimos anteriormente, la revisión sigue su procedimiento en única instancia, por lo que las decisiones tomadas en su desarrollo no pueden ser apeladas; sin embargo, si pueden ser controvertidas por medio de la reposición, por lo que si el juez de la revisión estima no demostrada la causal, es posible recurrir esta decisión mediante el recurso de reposición.

4. LOS PRINCIPIOS PROBATORIOS DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

En el capítulo anterior vimos como para la Corte Suprema de Justicia, los principios probatorios que deben regir la acción de revisión deben ser los mismos que gobiernan el proceso penal, a pesar de que, como hemos dicho, se trata de procedimientos que parten de bases distintas y buscan objetivos diferentes.

En este orden de ideas, en el presente capítulo analizaremos cuáles son los principios probatorios que la Ley 906 de 2004 construyó para el proceso penal, determinaremos si esos principios probatorios pueden ser trasvasados al proceso de revisión, y, en caso de que no sea posible, haremos una propuesta de principios probatorios de la revisión, de los cuales dependerá en parte la respuesta a nuestra pregunta.

4.1 Los principios probatorios del proceso penal de la ley 906 de 2004

Para la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal fue necesaria una reforma constitucional, realizada por medio del Acto Legislativo número 3 del año 2002, a través la cual se reajustaron las competencias orgánicas de la Fiscalía y así se hizo sistemática su participación como parte en el proceso penal.

Lo anterior, por cuanto en la Ley 600 de 2000, así como en el decreto 2700 de 1991, el Fiscal se comportaba como un Juez, con todas las implicaciones que esto conllevaba, calidad que se reflejaba en el texto constitucional.

Es así como en la formulación original del artículo 250 de la Constitución, quedaban claros 3 elementos distintivos de la fiscalía como juez, y se trataba de los siguientes: (i) podía adoptar, motu proprio, medidas de aseguramiento sobre el sindicado; (ii) tenía la facultad de terminar el proceso con efectos de cosa juzgada, mediante una decisión de preclusión; y, (iii) debía, en virtud de la imparcialidad como Juez, investigar lo favorable y lo desfavorable para el sindicado.

Estos 3 elementos, propios de un sistema mixto, no resultaban compatibles con la nueva estructura procesal, ya que le asignaban, por un lado, funciones jurisdiccionales a la Fiscalía (las cuales le permitían realizar injerencias sobre los derechos fundamentales del sindicado o la víctima sin control de un juez), y la ponían en la necesidad de realizar una investigación integral, negando su rol como parte pura en un proceso adversarial.

Por esto, el acto legislativo introdujo las siguientes modificaciones: (i) desplazó las funciones jurisdiccionales de la fiscalía a un nuevo tipo de juez, encargado por velar por las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, quien se iba a encargar de ejercer un control sobre todas las injerencias que sobre los derechos fundamentales podía requerir la fiscalía; (ii) requirió que la terminación del proceso penal con efectos de cosa juzgada estuviera siempre mediado por el control de un juez (tanto en el caso de la preclusión como en el del principio de oportunidad); y (iii) eliminó la obligación por parte de la fiscalía de investigar lo favorable al indiciado⁷¹.

Aunado a lo anterior, la modificación del artículo 250 trajo consigo la formulación explícita de algunos de los principios probatorios que debía seguir la Ley 906 de 2004, brindándoles una fuente constitucional: “4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*”.

En este sentido, la doctrina ha definido que la estructura probatoria del proceso penal acusatorio colombiano debe consultar, por lo menos, los siguientes contenidos: la presunción de inocencia, la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, la garantía de no autoincriminación, la regla de exclusión

⁷¹ Esto; sin embargo, no eliminó la obligación de la Fiscalía de descubrirle a la defensa aquellos elementos que le pudieran ser favorables y que hicieran parte de su investigación. En este sentido, la modificación retiró la necesidad de que la Fiscalía buscara de manera activa evidencia exculpatoria.

de la prueba ilícita, los deberes de la fiscalía en materia probatoria y los principios probatorios del juicio⁷².

A continuación, definiremos las implicaciones que cada uno de estos tiene en el proceso penal:

4.2.1 La presunción de inocencia.

La fuente de la presunción de inocencia es constitucional, ya que está contenido este derecho en el artículo 29 de la Constitución Política. Asimismo, se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷³.

La presunción de inocencia implica que la persona que ha sido vinculada al proceso penal, y que puede fungir como imputado o acusado, sea tratada como un inocente durante el desarrollo de todo el proceso y hasta que se emita en su contra una condena⁷⁴.

Una segunda dimensión de la presunción de inocencia implica que la medida de aseguramiento es excepcional, y debe estar limitada en el tiempo, por cuanto se trata de una injerencia en el derecho de libertad de una persona que se reputa inocente⁷⁵.

Al respecto, cabe considerar si la presunción de inocencia también significa que el peligro de reincidencia no puede fundamentar la imposición de la medida de aseguramiento o de una pena⁷⁶, situación que no es objeto del presente trabajo.

⁷² Urbano Martínez, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011. P. 119. En el mismo sentido Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 2017.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-342 de 2007.

⁷⁴ Urbano Martínez, José Joaquín. Op. Cit. P. 120.

⁷⁵ *Ibíd.* P. 121.

⁷⁶ Pérez López, Jorge. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva [En línea] (extraído de: dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2789251.pdf el 02/12/2019) P. 27.

Finalmente, la tercera implicación de la presunción de inocencia tiene que ver con el estándar de adjudicación en lo penal, el cual exige que la carga de la prueba esté en cabeza de la fiscalía y que si no se alcanza un grado de conocimiento elevado por parte del juez de conocimiento⁷⁷, tal que desvirtúe la presunción de inocencia, la persona no puede ser condenada⁷⁸.

4.2.2 la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales.

Como lo anticipamos, el cambio de naturaleza de la fiscalía en la Ley 906 de 2004 implicó que todas las injerencias sobre derechos fundamentales tuvieran que ser avaladas por un juez de control de garantías, encargado de hacer racional el ejercicio de los poderes investigativos del Estado y de la defensa.

Al respecto dijo la Corte Constitucional:

“Así, la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional.

Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen así como límites de la investigación”⁷⁹.

En consecuencia, la recolección de elementos materiales probatorios en la Ley 906 de 2004 está sometida, en ciertas ocasiones, a un control judicial, que dependiendo del caso puede ser solo previo o previo y posterior, y sin el cual los elementos

⁷⁷ Contenido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Op. Cit., el cual exige conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001, citada por la Corte Constitucional. Sentencia C-342 de 2017.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. En el mismo sentido Corte Constitucional T-643 de 2016.

recaudados, por más de que resulten pertinente y conducentes no se pueden transformar en prueba, por cuanto no serían legales.

4.2.3 la garantía de no auto incriminarse.

En el artículo 33 de la Constitución Política se consagra la garantía de no autoincriminación, la cual examinaremos más a fondo en los capítulos posteriores; sin embargo, es importante resaltar desde ahora que la dimensión probatoria de este principio implica un doble derecho.

Por un lado, otorga la posibilidad a quien presencié los hechos a rehusarse a declarar o a guardar silencio siempre y cuando el contenido de su declaración pudiera resultar acreditando su responsabilidad o la de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil⁸⁰.

Por otro lado, aunque resulta un punto con bastantes posiciones al respecto⁸¹, significa que la judicatura no tiene la posibilidad de extraer del silencio del acusado, o la persona cobijada con esta garantía, una consecuencia negativa para este así sea un indicio de responsabilidad.

4.2.4 La exclusión de la prueba ilícita.

En el inciso final del artículo 29 de la Constitución se consagra la regla de exclusión, la cual nos indica que será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso.

Al respecto, resulta claro que la Ley 906 de 2004 propone una exclusión de aquellas pruebas, o más bien, elementos materiales probatorios, evidencia física o información, que son obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales, situación que los tiñe de ilicitud⁸².

⁸⁰ Como veremos más adelante, incluso otorga a la persona el derecho de responder parcialmente las preguntas e incluso de faltar a la verdad en sus respuestas.

⁸¹ Urbano Martínez, José Joaquín. Op. Cit. P. 149 y ss.

⁸² Código de Procedimiento Penal. Op. Cit. Artículo 23.

En este sentido, fundar una sentencia en pruebas ilícitas deviene en la ilegitimidad de esta providencia⁸³, a la cual no puede permitírsele producir efectos so pena de socavar principios constitucionales y, hasta en ocasiones, internacionales en materia de derechos humanos⁸⁴.

Por otro lado, también del debate probatorio debe excluirse la prueba ilegal, la cual no afecta los derechos fundamentales, pero no ha respetado las formalidades requeridas para su recolección o aducción al proceso penal⁸⁵.

4.2.5 Los deberes de la Fiscalía en materia probatoria.

Dentro del proceso penal, para que un elemento material probatorio se convierta en prueba, debe haber sido recolectado, descubierto y solicitado por la parte que lo pretende utilizar en el juicio oral.

Lo anterior, implica que las partes tienen una serie de cargas que deben cumplir sin desear tener una actividad probatoria en el proceso penal. Inicialmente, las hemos denominado cargas ya que implican que las partes deben desarrollar ciertas actividades que, de no cumplirse, les representan consecuencias negativas, como no poder utilizar ciertas pruebas para soportar su teoría del caso.

No obstante, la Fiscalía, a pesar de que se comporta como una parte dentro del proceso penal, sigue siendo parte del Estado a través de la rama judicial⁸⁶, por lo que, a parte de las cargas normales que cualquier parte de un proceso podría tener en su cabeza, ostenta una serie de obligaciones en materia probatoria.

Estas obligaciones emanan no solo de las fuentes formales como la Constitución y la Ley, sino que provienen del modelo mismo de Estado democrático y

⁸³ Urbano Martínez, José Joaquín. Op Cit. P. 154.

⁸⁴ Para un estudio detallado del tratamiento de los tribunales internacionales de la ilicitud de la prueba Cfr. Juárez, Mariano Gabriel. La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. El caso de la tortura y el juicio de ponderación. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano; Bogotá, 2012.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de octubre de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa. Rad. 11001020300020190336500.

⁸⁶ De hecho, su ubicación orgánica dentro de la Constitución es precisamente en el título 8vo, que corresponde a la rama judicial.

constitucional de derecho, en el cual, por más de que se ha implementado un proceso penal de carácter acusatorio, con partes en igualdad de condiciones, se entiende que la parte acusatoria no puede acudir a todos los medios para lograr la persecución de las conductas punibles, por lo que debe conservar siempre un mínimo de protección a los derechos humanos de los afectados por el ejercicio de la acción penal.

En este orden de ideas, la Fiscalía tiene dos deberes en materia probatoria, por un lado, el deber de aseguramiento y, por el otro, el deber de descubrimiento, sin el cumplimiento de los cuales, se podría afectar no solo su capacidad de probar su teoría del caso sino también podría comprometerse la responsabilidad disciplinaria del funcionario.

El primero de los deberes, el de aseguramiento, hace referencia a la necesidad que tiene la Fiscalía de recolectar los elementos materiales probatorios por medio de un procedimiento que asegure su mismidad mientras son exhibidos, presentados o practicados en el juicio oral.

La materialización de esta obligación, que tiene una raigambre constitucional contenido en el numeral 3 del artículo 250 de la Constitución⁸⁷, implica la aplicación de una cadena de custodia sobre los elementos recolectados, la cual permita determinar no solo cómo fueron encontrados los elementos (su estado, posición, y demás información de importancia), sino quiénes tuvieron contacto o custodia del elemento y si este fue o pudo ser alterado, destruido o contaminado durante el tiempo que transcurrió entre su recolección y el juicio.

La inobservancia de este deber tiene una consecuencia clara, para el juez de conocimiento no es posible determinar de manera confiable si en efecto el elemento que se le presenta durante el juicio es el mismo que fue recolectado en la escena

⁸⁷ Constitución Nacional. Artículo 250: “(...) 3. *Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello. (...)*”

de la conducta punible o con posterioridad, bien porque este pudo ser sustituido, alterado, contaminado, limpiado o dañado.

Sobre la consecuencia jurídica, la jurisprudencia ha manejado dos grandes tesis respecto del efecto que para el proceso debe tener no haber iniciado o conservado la cadena de custodia: (i) la pérdida del poder de convencimiento que el elemento debe tener en el juez de conocimiento⁸⁸, y (ii) la ilegalidad del elemento, que debe ser excluido del debate probatorio⁸⁹.

Este deber de aseguramiento se extiende en cierta medida a la defensa, quien también debe demostrarle al juez de conocimiento que respecto de los elementos que recogió se predica la mismidad; sin embargo, es entendible que como la fiscalía tiene acceso a unos recursos técnicos mayores, su deber de aseguramiento se proporcionalmente más estricto, siéndole exigible un estándar más alto de conservación y custodia de los elementos.

El segundo de los deberes es el de descubrimiento integral, que avoca a la fiscalía a poner en conocimiento de la defensa, en el marco de la audiencia de acusación (o en el traslado del escrito de acusación), todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que recolectó la fiscalía en su actividad investigativa, incluyendo los que le resulten favorables a la defensa.

Si bien, como hemos indicado, en la Ley 906 de 2004 desaparece el concepto de investigación integral, esto no quiere decir que la fiscalía puede dejar de poner en conocimiento de la defensa los elementos favorables a esta que encuentre durante la investigación, y en este sentido fue creado este deber.

En contraposición, el deber de descubrimiento integral no existe para la defensa, quien tiene solo una carga de descubrir los elementos que pretende llevar al juicio,

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de junio de 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 48288.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 abril de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 29416.

pero que si tiene en su poder un elemento que pueda probar la teoría del caso de la fiscalía, no está en obligación de hacérselo saber⁹⁰, ya que esto podría ir en contra de la garantía de no autoincriminación del acusado.

Adicional a lo anterior, esta falta de deber de la defensa se explica si se tiene en cuenta que esta no debe necesariamente ejercer una actividad probatoria, ya que esto le compete a la fiscalía, mientras que la defensa puede elegir un rol pasivo fundamentado en la presunción de inocencia.

4.2.6 Los principios probatorios del juicio.

La estructura del proceso penal oral acusatorio colombiano implica que el juicio oral está dotado de una serie de características que permiten que la definición sobre la responsabilidad penal del acusado se realice de manera pública en el marco del juicio oral, abandonando modelos anteriores donde este proceso se realizaba en etapas previas al juicio y en el marco de actuaciones reservadas y lejanas a la percepción del juez de conocimiento.

Con esta finalidad en mente, se han definido una serie de principios del juicio oral, los cuales aseguran directa o indirectamente un proceso como el que acabamos de describir.

4.2.6.1 Publicidad

La publicidad implica que todo el juicio oral, incluyendo los alegatos de las partes, la práctica probatoria y las decisiones que deban ser adoptadas en su desarrollo, deben poder ser presenciadas por miembros de la sociedad y por comunicadores sociales, quienes, a parte de dotar de una transparencia lo que ocurre en el juicio, son destinatarios de muchos de los mensajes que emanan de la definición de la responsabilidad penal al interior de un Estado⁹¹.

⁹⁰ Urbano Martínez. José Joaquín. Op. Cit. P. 174.

⁹¹ Corte Constitucional. C-641 de 2002.

En concordancia con lo anterior, las únicas excepciones admisibles al principio de la publicidad están marcados por situaciones en las cuales se puede poner en peligro un valor superior por medio del conocimiento indiscriminado de lo que ocurre en la audiencia del juicio oral, ya sea porque se pone en riesgo la vida e integridad personal de los declarantes o la víctima, se puede llegar a afectar la seguridad nacional, se limita con la exposición la posibilidad de que el acusado tenga un juicio justo, entre otros⁹².

4.2.6.2 Oralidad

La oralidad no solo implica que las partes e intervinientes, en el marco de las audiencias que componen el proceso penal deben presentar sus peticiones, argumentos e intervenciones de manera oral, prescindiendo de la radicación de escritos, sino que hace referencia a que, en la medida de lo posible, el juez de conocimiento debe poder experimentar la práctica probatoria de manera oral, escuchando a los testigos, peritos o investigadores, con la finalidad de poder percibir, además de lo que transmite el lenguaje empleado por estos, otros aspectos de sus versiones.

Un claro ejemplo de esto es que la Ley 906 de 2004 requiere de manera constante la participación oral en la producción de la prueba, solicitando la declaración de personas en el juicio oral cuando en otros sistemas hubiera sido suficiente un documento.

El caso paradigmático de este cambio es el peritaje, el cual en la Ley 600 de 2000 consistía, esencialmente, en un escrito el cual describía la totalidad de procedimientos, observaciones y conclusiones extraídas por parte del perito en desarrollo de su actividad.

⁹² Las excepciones a la publicidad se encuentran en los artículos 18, 150, 151 y 152 del Código de Procedimiento Penal. Op. Cit.

En contraposición, el peritaje de la Ley 906 de 2004 requiere de la presencia del perito en la audiencia de juicio oral para su práctica⁹³, siendo el documento escrito previamente solo un informe base de opinión pericial utilizado para guiar a las partes antes del juicio.

El objetivo es que el juez de conocimiento pueda apreciar, además de los aspectos técnicos que normalmente se vierten en el documento, todos los aspectos que rodean la exposición oral del experto, quien debe poder explicar con solvencia y tranquilidad sobre el método e instrumentos empleados y sobre sus conclusiones, so pena de que a su versión se le reste credibilidad.

4.2.6.3 Inmediación

La inmediación es uno de los principios probatorios fundamentales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y se basa en la necesidad de que el juez de conocimiento tenga un contacto directo con las partes y con la prueba durante la práctica de la misma, con el fin de que pueda apreciar diferentes aspectos que serán de utilidad en la posterior valoración probatoria.

En este sentido, la inmediación requiere que sea la persona que va a proferir el fallo sobre responsabilidad penal, y no un tercero, quien escuche las alegaciones de las partes y asista a la producción de la prueba, para evitar un distanciamiento entre el juez, el proceso y la persona que debe ser juzgada.

La idea es que la inmediación permite que el juez cree de mejor manera un criterio sobre el caso⁹⁴, y que su convencimiento al momento de decidir tenga una mejor calidad teniendo en cuenta que fue él, y no otro, quien presenció el juicio oral.

En este sentido, y de conformidad con lo que hemos venido sosteniendo, la aplicación a cabalidad de la inmediación resulta incompatible con el principio de permanencia de la prueba, en tanto exige al juez que tenga por prueba solo la que

⁹³ Código de Procedimiento Penal. Op. Cit. Artículos 414 y 415.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2011.

se ha practicado en su presencia y con su contacto directo, desplazando así la posibilidad de tener como prueba lo que fuera recopilado o practicado con anterioridad.

Sin embargo, a pesar de que le inmediación resulta un principio esencial del Sistema Penal Oral Acusatorio, es posible encontrar en la legislación colombiana, como se verá con mayor detenimiento más adelante, una serie de excepciones a este principio, que permiten la valoración de pruebas que no fueron practicadas frente al juez de conocimiento.

Así, instituciones como la prueba anticipada o la prueba de referencia son excepciones a la inmediación y representan instancias en las cuales, como nos indica la Corte Constitucional, debe ser ponderada la inmediación cuando puede oponerse a la necesidad de materializar otros intereses superiores, como los derechos de los menores⁹⁵.

4.2.6.4 Contradicción

La contradicción como principio probatorio contiene una serie de garantías para quien es acusado en el marco de un proceso penal. Inicialmente, la contradicción representa la posibilidad de contradecir los cargos que se han formulado, pero se extiende a las facultades de contradecir las pruebas presentadas por la acusación, a la presentación de medios de defensa y a la impugnación de las decisiones que le resulten desfavorables⁹⁶.

La formulación de este principio tiene su aparición estelar en el desarrollo del juicio oral; sin embargo, la contradicción no es un principio que tenga aplicación de manera exclusiva en este momento procesal, ya que la posibilidad de oposición a las pretensiones de la fiscalía, así como la de presentar impugnaciones a las

⁹⁵ Este fue el problema jurídico resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2014, en la cual la Corte determinó que los derechos de los menores debían prevalecer sobre la aplicación de la inmediación en los procesos penales.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 2003.

providencias de los jueces, es algo que acompaña al indiciado, imputado o acusado durante todo el desarrollo del procedimiento.

4.2.6.5 Concentración

El principio de concentración comprende la necesidad que el juicio oral se desarrolle de una manera continua y en el menor número de audiencias posible⁹⁷, con el fin de que el juez de conocimiento pueda obtener una visión global de la totalidad de las pruebas, y que en su memoria no se desvanezcan detalles importantes por el paso del tiempo.

En este sentido, se propende porque el juez pueda realizar una valoración probatoria en conjunto de diferentes medios que se han practicado, son su presencia, en un corto periodo de tiempo, por lo que su contenido y sentido están presentes en la mente del juez.

Así las cosas, de nada serviría que el juez de conocimiento inmediate la totalidad de las pruebas en una audiencia pública si el juicio se desarrolla en varios años al cabo de los cuales el juez ya no tiene la posibilidad de recordar la impresión que las primeras pruebas le dejaron.

De conformidad con lo dicho en antecedencia, es posible ver que, para efectos del proceso penal, los principios probatorios, lejos de ser instituciones que operan de manera aislada, se complementan con el fin de lograr que el juez de conocimiento pueda emitir una sentencia que se acerque lo más posible a la justicia.

4.3 Los principios probatorios de la Ley 906 de 2004 de cara a la revisión

Si bien la Ley 906 regula en su mismo texto el procedimiento penal y la acción de revisión, hemos establecido aquí que se trata de procedimientos diferentes con objetivos distantes.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2010.

El proceso penal inicia con una etapa de indagación, en la cual la fiscalía recoge elementos materiales probatorios con el fin de determinar si lo ocurrido reviste las características de un delito, y quién se infiere razonablemente como su autor o partícipe.

Posteriormente, pasa a una etapa de investigación, mediante la cual la fiscalía trata de determinar si el imputado puede tenerse como responsable penalmente con probabilidad de verdad, para lo cual procede a perfeccionar su investigación.

Finalmente, el proceso culmina con una etapa de juicio, en la cual primero se depura el juicio oral, estableciendo los hechos estipulados y las pruebas que se van a practicar, y después se desarrolla el juicio como tal, al cual le sigue el pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del acusado.

Esta estructura implica que el proceso penal tiene una serie de principios probatorios que se dirigen siempre hacia el juicio, así, los deberes de aseguramiento o la reserva judicial sobre la injerencia en los derechos fundamentales parten de la idea de preservar la mismidad y la legalidad de los elementos previo a su introducción en el juicio.

Asimismo, el juicio está estructurado para determinar la responsabilidad penal del acusado, por lo que los principios probatorios que lo gobiernan deben tender siempre a esta finalidad, permitiéndole al juez de conocimiento evaluar de la mejor forma posible si en efecto las pruebas presentadas ante él por las partes determinan la responsabilidad, pero velando siempre por respetar la imparcialidad de un juez que debe mantener y materializar la presunción de inocencia.

De manera contraria, la revisión inicia con una demanda, al cabo de la cual las partes e intervinientes solicitan pruebas y de manera inmediata se abre el periodo probatorio del juicio rescindente, donde se practican las pruebas que fundamentan las causales y se alega antes de que el juez de la revisión determine si se probó o no la causal.

En este sentido, los principios probatorios del proceso de revisión deben tender a permitir al juez de la revisión juzgar si en efecto existe o no la causal de revisión invocada por el accionante, y, en consonancia, no deben preocuparse por las etapas previas al juicio en donde las partes recopilan elementos con vocación de prueba.

Todo el desarrollo del juicio rescindente gira en torno a establecer con seriedad la causal, ya que de probarse esta el juez de la revisión ordena el levantamiento de la cosa juzgada, por lo que su meta no es juzgar de manera imparcial a una persona, sino ser eficaz en establecer o no la concurrencia de la causal.

Estas consideraciones ponen de presente que entre la revisión y el proceso penal existen puntos de contacto, pero también muchos aspectos en los que distan, por lo que no se pueden tomar las instituciones propias y sistemáticamente construidas para uno y pasarlas al otro, so pena de afectar las formas propias de cada uno de los procedimientos.

Así las cosas, no es posible, como lo pretende la Corte Suprema de Justicia, que los principios probatorios que la Ley 906 de 2004 ha designado para el proceso penal tengan una aplicación en la revisión sin que estos deban ser reinterpretados de conformidad con las exigencias y particularidades del proceso de revisión, ejercicio que puede incluso indicarnos que algunos de estos principios no tienen cabida o aplicación.

En este orden de ideas, es necesario establecer cuáles deben ser los principios probatorios de la revisión, la cual tendrá una corta extensión teniendo en cuenta que no es el objeto del presente trabajo, aun cuando es un punto fundamental para la definición del problema jurídico.

4.4 Los principios probatorios de la revisión

Como hemos dicho, la revisión tiene por objeto, en su primer juicio, determinar si concurre la causal invocada en la demanda, es decir, juzgar si en efecto en el proceso penal, o con posterioridad a este, surgió una de las causales del artículo

192 del Código de Procedimiento Penal, que permita el levantamiento de la cosa juzgada.

En concordancia, debemos preguntarnos, de conformidad con la Constitución y las lógicas del procedimiento de revisión, cuáles deben ser los principios probatorios del juicio rescindente, los cuales deben tender a permitirle al juez de la revisión ser más eficiente en juzgar la causal invocada en la demanda.

4.4.1 La presunción de inocencia.

El proceso de revisión parte de una idea fundamental, y es que el proceso penal ha terminado de manera definitiva, por cuanto las providencias sobre la responsabilidad penal del acusado han quedado en firme.

Por lo anterior, no es posible decir, ni esperar, que la presunción de inocencia tenga una aplicación en el procedimiento de revisión⁹⁸. Para cuando se llega a la acción de revisión, en el caso de las sentencias condenatorias, la presunción de inocencia ya ha sido desvirtuada, por cuanto el acusado ha sido vencido en juicio, y no tendría sentido seguir hablando de una inocencia, ni siquiera presunta.

Adicionalmente, como le exploramos con anterioridad, la presunción de inocencia requiere, en el proceso penal, de la instauración de un estándar de adjudicación, según el cual, si la acusación no prueba más allá de toda duda razonable su teoría del caso, no se puede entender desvirtuada la presunción legal a favor del acusado.

Este estándar de adjudicación es incompatible con el procedimiento de revisión, donde es precisamente al accionante a quien le compete probar con suficiencia que la causal de revisión se configura en el caso concreto, por lo que no sería razonable instituir a su favor una presunción, la cual, dicho sea de paso, permitiría una facilidad para el levantamiento de la cosa juzgada que no sería deseable para el sistema penal.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Op. Cit. Rad. 50213.

Así las cosas, lejos de ser la presunción de inocencia un principio probatorio aplicable a la revisión, debemos decir que este procedimiento debe estar regido bajo el principio según el cual quien alega debe probar, de tal manera que la carga de la prueba descansa, ya no en la fiscalía, sino en el accionante.

4.4.2 La reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales.

En el procedimiento de revisión no existe como tal una actividad investigativa equiparable a lo que ocurre en el proceso penal. Con esto se quiere decir que las actividades que emplea el accionante para reunir los elementos que sustenten la causal no ocurren dentro del proceso de revisión.

Esto implica una clara diferencia con lo que ocurre en el proceso penal, donde el proceso de recolección, fijación y preservación de los elementos materiales probatorios ocurre dentro del proceso y es gobernado por este.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso de revisión no tiene la necesidad de emplear un juez de control de garantías, que controle la injerencia que sobre los derechos fundamentales puedan tener los actos de investigación de las partes; sin embargo, esto no quiere decir que este principio no aplica, por cuanto debe ser el juez de la revisión quien controle esta afectación de una doble manera.

Por un lado, cuando al juez de la revisión se le presenta una prueba como anexa a la demanda, este debe, antes de decretar su práctica en el periodo probatorio de la revisión, determinar si la misma fue obtenida legal y lícitamente, y ahí es claro que actúa como un guardián de los derechos fundamentales de las personas.

En segundo término, el juez de la revisión debe controlar la injerencia sobre derechos fundamentales que tienen las pruebas cuando decide su decreto, bien sea por solicitud de alguna de las partes de la revisión o bien sea por su propia iniciativa probatoria.

En conclusión, el principio de reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales tiene aplicación en el procedimiento de revisión, aun cuando no bajo

la misma modalidad que lo tiene en el proceso penal, por cuanto no se requiere de un juez de control de garantías.

4.4.3 La garantía de no autoincriminación

Como veremos con mayor extensión con posterioridad, la garantía de no autoincriminación existe, durante todo el proceso, en cabeza de quien es acusado en el proceso penal, y también cubre a las personas que deban concurrir como testigos o declarantes a lo largo de este procedimiento.

No obstante, quien resulta accionante en el proceso de revisión ya ha sido vencido en juicio, por lo que no goza ya de una garantía de no autoincriminación respecto de estos hechos, los cuales ya se han dado por probados por la judicatura.

En este sentido, no sería posible decir que el accionante se podría negar a declarar en el juicio rescindente, pues su garantía, propia del proceso penal, ya fue desvirtuada en el procedimiento de instancias.

Diferente suerte corren los demás declarantes en el procedimiento de revisión, sobre los cuales la garantía de no autoincriminación se aplica de manera normal, no tanto porque la revisión sea un proceso penal, porque no lo es; sino porque, la garantía de no autoincriminación es un derecho que debe tener aplicación en todos los procedimientos de un Estado, sin distinción de su naturaleza.

Así las cosas, es claro que al tercero que rinde el interrogatorio, así como a todos los declarantes en el juicio rescindente, se les aplica la garantía de no autoincriminación, como veremos, siempre y cuando se trate de aspectos que comprometan su responsabilidad y no estén relacionados con hechos exclusivamente cometidos por terceros.

Sobre esto, vale la pena aclarar que el declarante que alega su garantía de no autoincriminación en el juicio rescindente no debe haber sido juzgado por los hechos respecto de los cuales se niega a declarar, ya que de lo contrario tampoco podrá invocar este derecho en el juicio rescindente.

Por lo anterior, consideramos que la garantía de no autoincriminación es un principio probatorio aplicable al proceso de revisión, siempre y cuando se tenga en cuenta que solo podrá ser aplicable para personas que no han sido vencidas en juicio, situación que implica que no puede ser extendida al accionante cuando éste lo sea por una sentencia condenatoria.

4.4.4 La regla de exclusión de la prueba ilícita.

La exclusión de pleno derecho de la prueba ilícita tiene una raigambre constitucional, el cual la designa para todos los procedimientos, no solo para los de naturaleza penal. Esto sería suficiente para indicar que este principio tiene aplicación en el procedimiento de revisión, pero al respecto también existen argumentos procesales que así lo sugieren.

El juez de la revisión debe emitir un fallo en el cual indique si encuentra demostrada la causal de revisión o no y al hacerlo, debe fundarse en las pruebas debidamente practicadas en el juicio rescindente, las cuales deben ser respetuosas de los derechos fundamentales, es decir, lícitas.

No se puede decir que como la revisión busca la justicia material esta debe poderse obtener a toda costa, incluso obviando la licitud de las pruebas, ya que esto, en vez de afirmar un modelo de Estado social de derecho lo pondría en entredicho, pues enviaría el mensaje según el cual los derechos humanos son instrumentales para el logro de fines estatales, cuando en nuestro modelo de estado los derechos humanos y su materialización son, en esencia, los fines estatales.

Por lo que antecede, consideramos la exclusión de la prueba ilícita un principio con aplicación integral a la revisión.

4.4.5 Los deberes de la fiscalía en materia probatoria

Teniendo en cuenta que en el proceso de revisión no es la fiscalía quien tiene la carga de la prueba sino el accionante, no es razonable decir, como sostuvimos respecto del proceso penal, que esta cuenta con deberes en materia probatoria, ya

que estos, de existir, serían aplicables a las partes de la revisión, pero mucho más al accionante.

En el marco del proceso penal delineamos dos deberes de la fiscalía, el deber de descubrimiento y el de aseguramiento, los dos con una fuente constitucional que los volvía obligatorios para el ente acusador.

Pues bien, en el marco del procedimiento de revisión no puede existir un deber de descubrimiento, por cuanto no se corresponde con la estructura de este proceso.

En el proceso de revisión no es necesario que una de las partes le descubra a la otra los elementos con los que cuenta, para que la otra pueda estudiarlos, determinar a qué se enfrenta y encaminar su investigación. En la revisión los elementos que se van a hacer valer en el juicio rescindente se anexan a la demanda o se le solicitan al juez de la revisión, por lo que el descubrimiento no sería sistemático.

En este mismo sentido, el accionante no tendría por qué descubrirle a las partes aquellos elementos que le pudieran ser favorables a aquellos interesados en que la causal no resultara demostrada, situación que iría en contra de sus intereses, por cuanto este es un deber que solo se ha designado de este modo para la fiscalía, como miembro del Estado, dentro del proceso penal.

En lo que respecta el deber de aseguramiento, como hemos dicho, las partes en la revisión no adelantan una actividad investigativa dentro del procedimiento, por lo que no tendría sentido exigirles o imponerles un deber de aseguramiento.

No obstante, esto no quiere decir que las partes no deben propender por asegurar la mismidad de los elementos o pruebas llevados a la revisión, por cuanto está en sus mejores intereses que la prueba se encuentre lo mejor preservada y así genere un mayor convencimiento en el juez de la revisión.

En definitiva, no es posible decir que los deberes de la fiscalía en materia probatoria son aplicables al procedimiento de la revisión más allá de que los deberes de

aseguramiento sean aconsejables para el accionante si quiere lograr con éxito la demostración de la causal.

4.4.6 El principio de publicidad.

En concordancia con lo que hemos venidos sosteniendo, la acción de revisión es una acción pública, por cuando su ejercicio compromete intereses públicos como la reafirmación del modelo estatal. En este orden de ideas, es entendible que los procedimientos propios del juicio rescindente deban ser públicos, ya que existen debates y mensajes de interés para la sociedad en el proceso de revisión.

En igual sentido, así como el proceso penal de quien resultó injustamente condenado fue público, y pública fue su condena en firme, así de pública debe ser su reivindicación a través del proceso de revisión, ya que la comunidad debe saber que existen razones por las cuales se debe dejar sin efectos la decisión condenatoria y se debe juzgar nuevamente a la persona.

Estos motivos hacen imprescindible para el proceso de revisión que este sea público, reafirmando el principio general de todos los procedimientos judiciales en Colombia.

4.4.7 El principio de oralidad.

Anteriormente concluimos que una de las grandes ventajas de la oralidad como principio dentro de un procedimiento es que le permitía al juez apreciar diferentes elementos de la prueba que escapan a un desarrollo escrito. La manera como el testigo responde las preguntas, la solvencia con la que el perito explica aspectos técnicos o el modo que un testigo de acreditación reconoce un documento son sutilezas que permiten al juez formarse de mejor manera una idea sobre la prueba.

En este orden de ideas, es claro que, si el juicio rescindente gira en torno a la causal, la oralidad es una excelente herramienta para poder establecer la seriedad de las pruebas que la demuestran, y en este sentido aumenta la eficiencia del juez de la revisión.

Por esto, la oralidad es un principio aplicable al procedimiento de la revisión, ya que ayuda a la obtención de sus objetivos de una manera que la escrituralidad no lo logra.

4.4.8 El principio de inmediación

Al igual que ocurre con el principio de oralidad, la posibilidad de que el juez de la revisión tenga un contacto directo con las pruebas, así como con las partes cuando formulan preguntas o alegan de conclusión, es un mecanismo a través del cual es posible juzgar de mejor manera si la causal se encuentra acreditada.

La necesidad de la revisión de determinar con suficiencia que se encuentra acreditada la causal implica que el juez tenga que hacer un ejercicio de cercanía con la prueba, de tal manera que pueda juzgarla de manera precisa, algo que se logra por medio de la inmediación la cual, adicionalmente, le permitirá al juez de la revisión formular preguntas en la audiencia del juicio rescindente, facultad de extrema importancia en el procedimiento de la revisión.

Esto nos lleva a afirmar que la inmediación es un principio de la revisión, por cuanto resulta idóneo para la materialización de su objeto.

4.4.9 El principio de contradicción

El proceso de revisión, a diferencia del proceso penal, no pone su enfoque en la batalla dialéctica de dos partes, ni presenta un enfoque de ataque y defensa, sino que está diseñado en torno al juez de la revisión, quien tiene el deber de juzgar la causal invocada en la demanda, y al cual se le otorgan toda una serie de herramientas para hacerlo.

En consecuencia, el principio de contradicción no se encuentra en una posición tan primordial en la revisión como sí lo hace en el proceso penal. Si bien es posible decir que las demás partes deben poder aportar sus pruebas con la finalidad de oponerse a las pretensiones el accionante, participar en la práctica de estas y realizar sus alegatos de conclusión, la contradicción no tiene unas implicaciones

más allá de estos actos, como ocurre en el proceso penal, donde hace parte de todas las decisiones que se toman en las etapas previas al juicio.

Bajo esta óptica, aun cuando es claro que la contradicción es un principio que debe respetarse en la revisión, no es el principio a través del cual se debe interpretar el juicio rescindente, ni es la materialización de la esencia del sistema, como si ocurre con el procedimiento adversarial.

En consecuencia, las partes en la revisión no tendrán, en la misma medida, las facultades que tienen las partes del proceso penal, ya que el proceso no existe para ellas, sino existe para la materialización de la justicia material, lo cual realza como protagonista al juez de la revisión.

Esto, como acotamos anteriormente, permite por ejemplo que el juez de la revisión pueda estudiar elementos anexados a la demanda de revisión, así no hayan sido contradichos, si es que esto le permite tomar de mejor manera una decisión sobre la concurrencia de la causal.

4.4.10 El principio de concentración

El de concentración es otro de esos principios que tienen a permitirle al juez valorar de mejor manera, y en conjunto, la totalidad de las pruebas practicadas al interior de un procedimiento.

Desde luego que la posibilidad de que el juez de la revisión analice las pruebas de manera próxima en el tiempo a cuando estas fueron practicadas, y sin que haya pasado mucho tiempo entre una y otra, le posibilita recordar y valorar en conjunto aquellos aspectos que los principios como la oralidad y la inmediación le dejaron apreciar.

Así las cosas, el principio de concentración también resulta de recomendable aplicación al proceso de revisión, en donde permite estructurar mejores decisiones en torno a la concurrencia de las causales de revisión.

4.4.11 El principio de eficiencia

Alejándonos de aquellos principios que identificamos como propios del proceso penal, encontramos el principio de eficiencia, el cual puede ser llamado un supraprincipio o un principio a través el cual se deben interpretar y orientar gran parte de los principios y previsiones de la revisión.

De manera genérica, el principio de eficiencia hace alusión a que el juez de la revisión debe poder maximizar sus posibilidades para el juzgamiento adecuado de la causal invocada en la demanda de revisión.

En consecuencia, se explican casos como la prohibición de decretar pruebas de oficio, la cual emana en el proceso penal de la necesidad de que el juez de conocimiento sea imparcial, y no tiene una aplicación en el procedimiento de revisión, por cuanto deben abrirse caminos procesales para que el juez de la revisión juzgue de la mejor manera si en efecto existe o no la causal, para lo cual resulta conducente que este pueda ordenar pruebas por fuera de las ofrecidas por las partes en su oportunidad procesal.

Esto también debe extenderse a la posibilidad de interrogar que tiene el juez de la revisión, la cual debe ser extensa y libre de restricciones. Ya en el proceso de la revisión el juez no puede quedarse en la aproximación razonable a la verdad que le permite presenciar el debate que presentan las partes⁹⁹, sino que debe él buscar la verdad material de la configuración de la causal, para, con seriedad, reestablecer la justicia material en el caso concreto.

Todo lo anterior no quiere decir, desde luego, que el procedimiento de la revisión no tiene formalidades, ni garantismo; pero si nos indica que cuando dentro del mismo choquen disposiciones, estas deben ser interpretadas de tal manera que permitan al juez de la revisión juzgar de mejor manera si en efecto la causal existe, so pena de hacer nugatorio todo el objetivo del procedimiento de revisión.

⁹⁹ Este es el escenario del proceso penal.

En suma, el principio de eficiencia es de fundamental importancia para la revisión, porque marca cuál debe ser el espíritu de este procedimiento, y permite establecer aspectos de separación con el procedimiento penal, el cual está fundamentado, como hemos visto, en otras bases y objetivos.

5. EL INTERROGATORIO COMO MEDIO COGNOSCITIVO EN LA LEY 906 DE 2004

5.1 El interrogatorio.

El interrogatorio es un medio cognoscitivo mediante el cual el indiciado o imputado renuncia a su garantía de no autoincriminación para que el fiscal o la policía judicial le formulen preguntas; y como tal se encuentra regulado en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal.

Esta diligencia tiene una naturaleza muy diferente en la Ley 906 de 2004 que la que tenía en el Código de Procedimiento Penal anterior, ya que no es un requerimiento procesal, es decir, el proceso se puede desarrollar con total normalidad sin que a una persona se le reciba un interrogatorio.

Recordemos que en el sistema procesal de la Ley 600 de 2000 el interrogatorio, que en ese momento se recibía bajo el nombre de indagatoria, tenía una doble dimensión: por un lado, según el artículo 332 de esa legislación, era una de las dos formas de vincular a una persona al proceso penal; y por otro, se trataba de un mecanismo de defensa del sindicado, quien podía aportar explicaciones respecto de las preguntas formuladas por la Fiscalía.

Bajo la primera de las dimensiones, al finalizar la diligencia de interrogatorio la Fiscalía realizaba una calificación jurídica provisional de la conducta, con la finalidad de que la persona vinculada conociera el delito por el cual sería investigada, y pudiera dirigir su actividad probatoria y alegaciones a desvirtuarlo, todo con el fin de evitar que en su contra se profiriera una resolución de acusación.

Respecto de la segunda, el interrogatorio era una manera que tenía el sindicado de la Ley 600 para explicar y defender su postura sobre los hechos, esperando poder generar un convencimiento en el fiscal de que no era responsable penalmente.

A diferencia de lo que ocurría en la Ley 600 de 2000, el interrogatorio de la Ley 906 de 2004 no genera una vinculación formal del indiciado al proceso penal (esto solo se realiza a través de la imputación o el traslado del escrito de acusación) ni implica la comunicación de hechos o cargos.

El interrogatorio en el Sistema Acusatorio es, esencialmente, una manera que tiene el fiscal de conocer la versión que sobre los hechos tiene la persona que hasta ese momento considera que puede ser autora o partícipe del delito, sin que este acto tenga otras consecuencias procesales.

Incluso, las manifestaciones que hace el indiciado en el marco del interrogatorio, y que puedan resultar en su reconocimiento de algún grado de responsabilidad penal, no tienen validez o efectos procesales, es decir, no se tratan de una confesión, ya que la misma solo es posible a través de la aceptación de cargos que debe hacerse frente al juez de control de garantías o frente al fiscal de conocimiento una vez corrido traslado del escrito de acusación.

Lo anterior tiene sentido, ya que la aceptación de responsabilidad debe ser libre, consciente y espontánea, y difícilmente podrá ser consciente si para la etapa procesal en la que se recibe el interrogatorio del indiciado este no conoce los hechos y cargos jurídicos que se le atribuyen o, en otras palabras, se encuentra ciego frente a las circunstancias que se encontraría eventualmente aceptando.

Sobre este punto vale la pena enfatizar que si bien el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal, inmediatamente posterior al artículo que regula el interrogatorio, trata sobre el reconocimiento de la responsabilidad por parte de la persona objeto del proceso penal, en este se está tratando un momento procesal diferente al interrogatorio.

Podríamos pensar que al tratarse del artículo siguiente al 282, que como vimos se pronuncia respecto del interrogatorio, el artículo 283 trata sobre las manifestaciones de responsabilidad realizadas en la declaración del indiciado, máxime si se observa que la aceptación de cargos en la imputación está regulada a través de los artículos

293 y 353, del mismo cuerpo procesal, pertenecientes a los capítulos en los cuales se desarrollan la imputación y los preacuerdos respectivamente.

Sin embargo, el propio nombre del artículo 283 nos saca de la duda, ya que se refiere a la “aceptación por el imputado”, por lo que descarta de plano que se esté refiriendo a una etapa donde la persona no haya sido vinculada formalmente al proceso penal.

En este orden de ideas, las manifestaciones que hace el indiciado sobre su responsabilidad en el marco del interrogatorio no tienen los efectos procesales de una aceptación de cargos (en parte porque no existen todavía cargos), y solo pueden servir como orientadores para la actividad investigativa o procesal del fiscal.

En conclusión, el interrogatorio en la Ley 906 de 2004 carece de efectos procesales que lo erijan como un medio de prueba, y las manifestaciones que en este se realizan no pueden ser tomadas como confesiones o aceptaciones de responsabilidad, más allá de que, como veremos, si puedan ser utilizadas para impugnar la credibilidad del indiciado si este decide declarar en el juicio oral.

Lo anterior resalta la naturaleza del interrogatorio en el sistema acusatorio, en el cual resulta siendo un medio cognoscitivo de orientación para la fiscalía en su dirección de la indagación.

5.2 las manifestaciones falsas realizadas dentro del interrogatorio.

Volviendo al contenido del artículo 282, se observa que las únicas formalidades que se exigen para el interrogatorio son: la advertencia del derecho que tiene el indiciado a no auto incriminarse, y la necesidad de estar acompañado por su abogado.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia, que determina que sin la presencia de estos dos requisitos no es posible (y en consecuencia válido) realizar el interrogatorio¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación del 13 de septiembre de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 23251.

De esto se desprende que el interrogatorio no debe estar acompañado de un juramento¹⁰¹, lo cual implica que el indiciado en el interrogatorio no puede cometer falso testimonio, por cuanto, esta conducta punible requiere para su realización la toma previa de esta formalidad¹⁰².

Pero aun si lo incluyera, la doctrina y la jurisprudencia han establecido con claridad que incluso cuando al indiciado, imputado o acusado se le toma juramento, quebrantarlo no puede tener consecuencias penales para este, so pena de afectar sus garantías fundamentales, siempre y cuando la persona interrogada, cuando falte a la verdad en sus respuestas, lo haga respecto de su comportamiento o responsabilidad.

Es así como la Corte Constitucional en sentencia C-782 de 2005 estableció lo siguiente:

“(...) la norma acusada admite una interpretación acorde con la Constitución Política. Si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta. Para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o

¹⁰¹ En esto si existe una identidad entre lo reglado por la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, ya que en los dos cuerpos procesales se advierte que la diligencia de interrogatorio debe estar acompañada por un defensor y no se realiza mediante la toma de un juramento previo.

¹⁰² Código Penal. Op. Cit. Artículo 442. “Falso testimonio. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.”

a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio (...).¹⁰³

Esto, implica un reconocimiento tácito de un “derecho a mentir” que tiene el indiciado, es decir, de la facultad de faltar a la verdad en el interrogatorio, o en su testimonio, al momento de relatar cómo ocurrieron los hechos, todo en virtud de su derecho a la no autoincriminación¹⁰⁴.

Lo anterior quiere decir que, aunque resulta cierto que el indiciado renuncia a ciertos aspectos de su derecho a la no autoincriminación cuando decide rendir el interrogatorio, no abandona todos estos, ya que retiene la posibilidad de no responder a ciertas preguntas o, incluso, a faltar a la verdad en sus respuestas, sin que de esto pueda derivarse consecuencia procesal o penal en su contra.

Tal afirmación, como es natural, implica que el interrogatorio se ve mermado en su capacidad de convencimiento, por cuanto es el relato de un presunto testigo de los hechos que tiene la facultad procesal de relatarlos como más les beneficie a sus intereses.

5.3 El interrogatorio como medio cognoscitivo y sus eventuales efectos probatorios.

En tratándose del estatus procesal del interrogatorio, y como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia anteriormente examinada¹⁰⁵, el interrogatorio no es un elemento material probatorio, por cuanto no tiene la vocación, ni posibilidad, de convertirse en una prueba, sino que se trata de un mero medio cognoscitivo.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2005.

¹⁰⁴ En otras legislaciones, como en la peruana, la doctrina no parece estar de acuerdo con este “derecho a mentir” indicando que si el acusado desea declarar debe hacerlo de manera verás. Cfr. Ríos Patios, Gino Augusto. ¿Tiene el imputado el derecho a mentir?. El derecho a la verdad y el deber de declararla. En: Revista CES Derecho, Vol. 10, Núm 2, 2019.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 30870.

El interrogatorio no puede, en principio, convertirse en prueba dentro del proceso penal, ya que se trata de una declaración tomada por fuera del juicio oral y, por lo tanto, al prescindir de los principios probatorios de la Ley 906 de 2004, no se trata de una prueba.

En este aspecto, y guardando las distancias, el interrogatorio sigue las mismas reglas que sigue la entrevista que se les realiza a los testigos de los hechos.

Si bien la Fiscalía tiene la posibilidad de entrevistar a los testigos, con el fin de conocer de antemano qué percibieron a través de sus sentidos, la única manera que estas versiones pueden transformarse en prueba es si estos testigos vierten su declaración en un testimonio ante un Juez, el cual, por regla general, debe ser el juez de conocimiento.

Así las cosas, las entrevistas solo sirven como elementos para orientar la actividad investigativa de las partes, y su única función en el juicio es que pueden ser utilizados para refrescar memoria (cuando el testigo no recuerda exactamente lo ocurrido por el tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio) o para impugnar credibilidad o refutar (cuando el testigo en su declaración afirma aspectos diferentes de los relatados en la entrevista); sin embargo, la entrevista como tal no se trata de una prueba.

Al respecto nos enseña la Corte Suprema de Justicia:

“Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del juicio, sin embargo cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del

mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403)”¹⁰⁶.

Bajo esta lógica, cuando un testigo utiliza la entrevista que rindió como mecanismo para refrescar su memoria, es decir, para reavivar los aspectos relevantes para el caso que fueron percibidos por sus sentidos, no integra la entrevista al juicio, ya que lo que debe valorar el juez de conocimiento es su declaración, teniendo en cuenta, desde luego, que la misma ha requerido un apoyo en un mecanismo externo como lo fue la entrevista¹⁰⁷.

En el caso de la impugnación de credibilidad el asunto resulta un tanto más complejo. Por un lado, el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal deja en claro que los contenidos de la entrevista no pueden ser tenidos como una prueba:

“Artículo 347. Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

*Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contra-interrogatorio. **No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contra-interrogatorio de las partes.**” (Énfasis suplido).*

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que lo dicho en la entrevista puede ser valorado por parte del juez de conocimiento, no como una

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 25.738. En este mismo sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de marzo de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Rad. 49184.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

prueba autónoma, sino como parte del testimonio de la persona que rindió la entrevista.

Lo anterior no quiere decir que la entrevista pase a hacer parte de la prueba testimonial ni que se introduzca en juicio a la manera de un documento con el testigo como su acreditador, lo que ocurre es que las manifestaciones vertidas al interior de la entrevista ingresan al juicio por intermedio de las preguntas realizadas por las partes y por las explicaciones que da el testigo ante las afirmaciones previas que hizo y que contradicen el sentido de su testimonio en el juicio.

En este sentido nos enseña la Corte Suprema de Justicia:

“Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad”¹⁰⁸.

En este orden de ideas, la entrevista nunca puede convertirse en una prueba, ni tiene vocación probatoria, lo que ocurre es que cuando se utiliza con fines de impugnación de credibilidad del testigo, las preguntas formuladas por las partes con base en la entrevista, así como sus correspondientes respuestas, pueden ser valoradas por el juez, por cuanto se trata de un desarrollo de la práctica de la prueba testimonial.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 25738.

Si, por el contrario, las partes no deciden invocar la entrevista para impugnar credibilidad, o a pesar de darle lectura no formulan preguntas en torno a esta, sus contenidos nunca podrán ser tenidos en cuenta por el juez de conocimiento, ya que no existirían respuestas por parte del testigo que pudieran ser inmediadas por el fallador.

Igual suerte corre el interrogatorio del indiciado, el cual tiene una arista adicional, y es que para que sus manifestaciones anteriores puedan ser utilizadas con los dos fines anteriormente explorados, este debe estar de acuerdo con renunciar a su garantía de no autoincriminación y declarar en el juicio, ya que de lo contrario no hay testimonio alguno por medio del cual introducir el contenido del interrogatorio.

5.4 El interrogatorio como prueba de referencia.

A pesar de lo dicho en antecedencia sobre los principios probatorios de la Ley 906 de 2004, excepcionalmente la entrevista puede transformarse en una prueba de referencia, cuando la persona llamada a declarar se encuentra inmersa en las circunstancias previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, que relata situaciones en las cuales el testigo ha perdido su capacidad de transmitir los hechos, bien porque no los recuerda, no se encuentra disponible¹⁰⁹ o en condiciones de hacerlo, o la declaración le resultaría traumática teniendo en cuenta los hechos.

Ante la presencia de una de estas circunstancias, la legislación habilita al juez de conocimiento a darle la entidad de prueba a la entrevista; sin embargo, esta excepción transforma a la entrevista en una prueba de referencia, y no es posible dictar una sentencia condenatoria basada exclusivamente en esta, de conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimiento penal.

Esta situación se explica si se tiene en cuenta que la parte en contra de quien se aduce la entrevista del testigo pierde la posibilidad de conainterrogarlo, aspecto

¹⁰⁹ Aquí es importante resaltar que el artículo 438 solo permite convertir la entrevista en prueba de referencia cuando el testigo no está disponible por secuestro, desaparición forzada o evento similar, más no cuando se rehúsa a declarar, guarda silencio o no es posible ubicarlo porque, por ejemplo, se ha mudado del lugar en donde se le ubicaba.

que se ve compensado si se establece que a esta prueba no se le dará la misma entidad que a las pruebas directas de lo ocurrido.

Habiendo dicho lo anterior, corresponde ahora que dilucidemos si este mismo procedimiento es aplicable al interrogatorio, que al fin y al cabo es una declaración previa al juicio, en ciertos aspectos equiparable a la entrevista.

El punto principal de diferenciación entre interrogatorio y entrevista es que todas las personas que rinden una entrevista están, en principio, obligadas a rendir su testimonio. Con esto queremos decir que, si una persona rinde su entrevista y al interior de esta da cuenta de haber experimentado a través de sus sentidos los hechos materia del proceso, lo más probable es que sea llamada al juicio como testigo, en donde, salvo las excepciones legales para declarar¹¹⁰, deberá dar su versión.

En este sentido, si la persona rinde la entrevista, y su declaración es decretada como testimonio en la audiencia preparatoria, en cabeza de esta nace un deber de declarar, del cual no se puede sustraer por voluntad propia.

En contraposición, el hecho de que un indiciado elija rendir un interrogatorio no implica ni requiere de su parte que declare en su propio juicio. El acusado, incluso cuando previamente en el proceso ha presentado su interrogatorio, debe renunciar nuevamente a su garantía de no autoincriminación en el juicio para que pueda recibírsele su versión.

De manera contraria, puede el indiciado que rindió un interrogatorio rehusarse a declarar en el juicio, aun cuando su testimonio hubiera sido descubierto, solicitado y decretado como prueba, ya que este se reserva el derecho de hacerlo.

En este orden de ideas, no es posible aplicar la regla del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 al interrogatorio del indiciado, por cuanto no es posible saber si este, de

¹¹⁰ Contenidas en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal. Op. Cit.

haber estado en la capacidad, hubiera tomado la decisión de renunciar a su garantía de no autoincriminación en el juicio.

En consecuencia, consideramos que mal podría la fiscalía solicitar al juez de conocimiento la admisión del interrogatorio como prueba de referencia en tratándose de un acusado que ha sido secuestrado, con el fin de establecer la responsabilidad de este, apoyada en parte, en lo dicho en esa declaración.

Por lo anterior, aquí afirmamos que no es posible, como ocurre de manera excepcional con la entrevista, que el interrogatorio se convierta en prueba de referencia durante los debates del juicio oral, ya que esto iría en contra de la garantía de no autoincriminación del acusado, quien tiene la posibilidad, no obstante, haber rendido un interrogatorio, de decidir nuevamente en el juicio si quiere declarar.

En este punto es necesario aclarar que todo lo dicho anteriormente solo tiene aplicación cuando el acusado decide declarar, sea en el interrogatorio o en el juicio, respecto de su propia conducta o responsabilidad penal, en donde es claro que le asiste un derecho a la no autoincriminación; empero, cuando el acusado se refiere a hechos de terceros en los que no está relacionada su conducta no está cobijada por la garantía de no autoincriminación o el “derecho a mentir” que hemos delineado anteriormente, sino que su versión se convierte en la de un testigo como cualquier otro, sometido a las consecuencias procesales y penales de faltar o callar la verdad.

En este mismo sentido se decanta la Corte Constitucional en la sentencia ya comentada: “(...) *si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio, sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley, y con las consecuencias jurídico-penales que correspondan en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente (...)*¹¹¹”.

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2005.

Lo antecedente genera una pregunta, ¿qué ocurre con un interrogatorio que contiene, al mismo tiempo, declaraciones sobre la responsabilidad de terceros y sobre el propio indiciado?

Inicialmente se podría decir que esto no constituye verdaderamente un problema, ya que aquellas declaraciones sobre terceros que no involucran o pueden involucrar la responsabilidad del indiciado en el proceso penal donde se le recibe el interrogatorio serán impertinentes a este procedimiento, por lo que difícilmente podría darse aplicación del artículo 438 dentro de este.

De todas maneras, y anticipando una posible situación donde las afirmaciones del indiciado, sin que puedan comprometer su responsabilidad, sean pertinentes al proceso, aun cuando se refieren a la conducta de terceros, lo razonable que se impone es que se pueda dar aplicación al artículo 438 únicamente sobre estos aspectos, sin poder introducir al juicio como prueba de referencia lo cubierto por la garantía de no autoincriminación.

En resumen, si bien el derecho procesal penal colombiano permite que algunas declaraciones tomadas fuera del juicio sean valoradas en este bajo la figura de la prueba de la referencia, esto no es admisible respecto del interrogatorio del indiciado, ya que este sujeto procesal tiene la facultad de no declarar en el juicio, a diferencia de lo que ocurre con un testigo.

6. EI EJERCICIO DE LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN EN LOS JUICIOS RESCINDENTE Y RESCISORIO POR PARTE DE UN TERCERO EN CUYO INTERROGATORIO SE FUNDAMENTA LA ACCIÓN.

6.1 El interrogatorio de un tercero indiciado como fundamento del ejercicio de la acción de revisión.

Como estudiamos anteriormente, dentro de los medios cognoscitivos que se pueden utilizar para promover la acción de revisión se encuentra el interrogatorio de un tercero indiciado, quien, por ejemplo, podría reconocer en este su exclusiva responsabilidad en el hecho juzgado dentro del proceso penal que dio como origen la demanda de revisión.

Este sería el caso de una persona completamente ajena al accionante del proceso de revisión, que, en el marco de otro proceso penal, durante el interrogatorio practicado a este tercero, reconoce haber sido el autor del delito por el cual el accionante fue juzgado y condenado en el proceso penal que originó la revisión.

Esto, en principio, reuniría los elementos requeridos para promover el juicio rescindente, ya que se trataría de una elemento nuevo no conocido en el juicio oral (siempre y cuando el tercero que rindió el interrogatorio no hubiera declarado en el juicio de quien fue condenado), sería trascendente ya que podría demostrar la inocencia de quien fue condenado (esto dependería en gran medida de las particularidades del caso así como del contenido del interrogatorio) y no se trataría de un elemento no aportado al proceso debido a la negligencia o estrategia de una de las partes.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, cuando la defensa del condenado conoce de este interrogatorio y tiene acceso al mismo, debe elaborar la correspondiente demanda de revisión y anexar, junto con los demás elementos exigidos en este artículo, una copia de este,

argumentando en debida forma por qué este medio cognoscitivo reúne los requisitos de la causal tercera de revisión.

De ahí en adelante se debe seguir el trámite común descrito en el artículo 195 de la Ley 906 de 2004, y en caso de que la Corte Suprema de Justicia, o quien adelante el juicio rescindente, admita la demanda de revisión, lo que procede, dentro del periodo probatorio de la revisión, es citar al tercero que rindió el interrogatorio a que dé su testimonio dentro del juicio rescindente, ya que los principios probatorios de la revisión requieren de la práctica de la prueba ante el juez de la revisión¹¹².

En esta declaración el tercero que rindió el interrogatorio podrá ser interrogado y contrainterrogado, practicando, con intermediación, contradicción y publicidad, su versión y convirtiendo por fin, y ahora sí, el fundamento de la acción de revisión en una prueba.

Concluido el periodo probatorio y recibidos los alegatos de las partes, el juez de la revisión decidirá sobre el juicio rescindente, estableciendo si en efecto debe desarrollarse un juicio rescisorio por estar probada la causal o, por el contrario, determinando que la causal no fue probada y dando por terminado el proceso de revisión.

6.2 El ejercicio de la garantía de no autoincriminación, en el juicio rescindente, por parte del tercero que rindió el interrogatorio en otro proceso penal.

Partiendo del esquema procesal que recién planteamos, en el desarrollo del juicio rescindente se nos presentan opciones problemáticas, la primera de ellas es que el tercero que presentó el interrogatorio no atienda el llamado de la Corte Suprema de Justicia por cuanto desea hacer uso de su garantía de no autoincriminación, la segunda es que acuda al llamado, pero guarde silencio respecto de todas aquellas preguntas que puedan establecer la inocencia de quien fue condenado.

¹¹² Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rads. 29626, 48288, 50213.

En este sentido, A ejerce la acción de revisión con base en el interrogatorio que B rindió en un proceso penal. El juez de la revisión cita a B con el fin de practicar su testimonio en el juicio rescindente y así juzgar si concurre la causal tercera de revisión; sin embargo, B decide no acudir (en la primera opción) o acude, pero no responde ninguna pregunta respecto de la responsabilidad penal de A.

Como hemos dicho, quien rinde un interrogatorio o un testimonio, y absuelve preguntas sobre su responsabilidad penal, está cobijado por la garantía de no autoincriminación, la cual le permite faltar a la verdad o rehusarse a contestar preguntas. Por otro lado, quien rinde el interrogatorio debe renunciar nuevamente a la no autoincriminación en un eventual juicio, por cuanto no puede ser forzado a declarar.

Partiendo de estas premisas, consideramos que al tercero quien rindió el interrogatorio (B), no se lo puede obligar a declarar en el juicio rescindente, por cuanto esto iría en contra de sus garantías constitucionales. Lo anterior, desde luego, siempre y cuando el tercero no haya sido juzgado en firme por su responsabilidad penal en los hechos.

Algunas posturas podrían indicar aquí que como en el juicio rescindente no se juzga la responsabilidad de del tercero quien rindió el interrogatorio, a este no le estaría dado rehusarse a declarar; sin embargo, postulamos que la garantía de no autoincriminación no solo debe ser aplicada en procesos de carácter penal, o en aquellos en los que se debata la responsabilidad del declarante, sino que debe permear todos los procedimientos en Colombia.

En primer lugar, porque la formulación de la garantía de no autoincriminación en la Constitución, contenida en el artículo 33 de este cuerpo normativo, nos indica que: *“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”*, sin limitar esta protección al marco de un proceso penal o una actuación judicial que se libere en contra de quien debe declarar.

En segunda instancia, porque si una persona no tuviera una garantía de no autoincriminación en aquellos procesos donde no se juzga su responsabilidad, estaría en la obligación de informar a los funcionarios de la rama judicial de su participación o autoría en conductas punibles, lo que a su vez generaría la iniciación de un proceso penal por la correspondiente compulsas de copias o denuncia, y equivaldría a un deber de denunciarse a sí mismo.

En igual sentido, omitir la aplicación de la garantía de no autoincriminación en procesos que no tengan un carácter penal o en aquellos donde no se juzga la responsabilidad del declarante implicaría que en estos procesos existiría una declaración previa al juicio en la cual el acusado reconocería su responsabilidad, y podría ser utilizada para la impugnación de credibilidad del acusado (en los términos que vimos anteriormente) y se convertiría en una obligación de colaborar con su propia condena.

Las anteriores consideraciones se encuentran soportadas en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“En cuanto respecta a las garantías contempladas en los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención Americana, observa el Tribunal que si bien parecen contraerse al amparo de personas sometidas a un proceso judicial (artículo 8.2) o inculpadas en el marco del mismo (artículo 8.3), **a juicio de la Corte también se tienen que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata**”¹¹³. (Énfasis suplido).*

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 120 de la sentencia del 27 de noviembre de 2003 –fondo, reparaciones y costas- dictada en el caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, citada dentro de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 52249.

Por lo anterior, consideramos que a pesar de que en el juicio rescindente no se ventila la responsabilidad penal del tercero quien rindió el interrogatorio, la garantía de no autoincriminación resulta plenamente aplicable a esta persona.

En consecuencia, en principio el tercero que rindió el interrogatorio puede negarse a asistir a declarar en el juicio rescindente, invocando su garantía de no autoincriminación, igualmente, puede asistir y rehusarse a contestar las preguntas que le sean formuladas, frustrando de esta manera la posibilidad de acreditar la causal tercera de revisión, y evitando que se reestablezca la justicia material de quien fue condenado injustamente en el proceso penal.

6.2.1 La ponderación entre los derechos en tensión.

Habiendo establecido que la garantía de no autoincriminación debe tener aplicación dentro del proceso de revisión, particularmente en el juicio rescindente, debemos preguntarnos si esa garantía debe tener, en el caso específico de nos ocupa, prevalencia por sobre los intereses del accionante de la revisión.

En este escenario surge una tensión entre dos derechos de fundamental importancia en el ordenamiento jurídico colombiano: por un lado, la garantía de no autoincriminación como materialización del debido proceso; y, por otro, el derecho a la justicia material que tiene quien ha sido erróneamente condenado.

Esta tensión puede resolverse de una de dos maneras, o quien fue erróneamente condenado debe soportar esta situación en virtud de la existencia de la no autoincriminación, la cual no puede ser levantada o reducida de manera razonable o, por el contrario, la garantía de no autoincriminación debe retroceder en su aplicación ante la necesidad de reestablecer la justicia material.

Para dar una solución a la situación, es necesario acudir al mecanismo del test de proporcionalidad, entendido este como:

“La proporcionalidad parte de considerar los derechos fundamentales como mandatos de optimización (o mandatos que ordenan maximizar un bien

determinado). Supone que los derechos enfrentan límites fácticos y jurídicos para su eficacia, de manera que pueden entrar en colisiones con otros principios. Esta herramienta permite evaluar los límites fácticos valorando la idoneidad y necesidad de una medida que interviene los derechos para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; y estudiar la tensión entre derechos a través del principio de proporcionalidad estricta (ponderar entre los derechos en tensión). Finalmente, los límites jurídicos se analizan mediante una comparación entre el beneficio que reporta una medida en la maximización de un derecho frente a lo que implica, en términos negativos, para la vigencia de otro principio”¹¹⁴.

En el caso que nos ocupa, el derecho a la justicia material (contenido en los fines del Estado del artículo 2 de la Constitución Política, así como en el derecho al acceso a la administración de justicia) de quien es condenado injustamente es un mandato de optimización, sometido a unos límites fácticos y jurídicos, que en la situación que hemos planteado solo se vería satisfecho mediante la afectación del contenido de otro derecho, como el que tienen las personas de no auto incriminarse.

Así, la medida que planteamos para el análisis es levantar la garantía de no autoincriminación del tercero, con el fin de que sea para este una obligación declarara y hacerlo de manera verás en el juicio rescindente, esto con el objetivo de lograr la justicia material para el accionante quien ha sido condenado de manera injusta.

Sobre este punto, hemos optado por la aplicación de la versión tradicional del test de proporcionalidad, y no por su vertiente enfocada en el grado de satisfacción pretendido, recientemente utilizada por la Corte Constitucional¹¹⁵ ya que este test de proporcionalidad parte del aspecto prestacional de los derechos fundamentales.

Si bien es posible considerar que la vigencia de un orden justo y que el derecho a la administración de justicia tiene contenidos prestacionales, como lo pueden ser la

¹¹⁴ Salvamento de voto de la Sentencia T-091 de 2018. Corte Constitucional.

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2018.

necesidad de destinar presupuesto para la contratación de operadores jurídicos que adelanten los procesos, los aspectos que se analizan aquí relacionados con estos derechos no son de contenido prestacional, entendido este como la obligación del Estado de tener una actividad: “*necesaria para crear las condiciones materiales, económicas e institucionales, propicias para su ejercicio pleno*”¹¹⁶.

Por esto, para poder determinar si la medida propuesta es proporcional, aun cuando representa la afectación de otro derecho de rango constitucional, es necesario recorrer los tres subprincipios del test de proporcionalidad, entendidos estos como: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.

El primero de ellos, la *idoneidad*, requiere que el mecanismo de satisfacción del derecho fundamental que se pretende implementar persiga un fin constitucionalmente legítimo y que en efecto sea eficaz para realizarlo¹¹⁷.

Por su parte, la *necesidad*, implica que “(...) *una intervención en los derechos sólo es válida si no existen medidas alternativas para obtener el mismo objetivo que persigue la autoridad acusada, es decir, una intervención es necesaria cuando sólo existe el medio elegido por el mismo ente para alcanzar el fin; cuando existan medidas alternativas que tengan la misma eficacia que la determinada por el organismo, esta última no será necesaria*”¹¹⁸ (énfasis suplido).

De aquí se desprende una necesidad de realizar un triple juicio en el marco del subprincipio de necesidad: (i) debe primero determinarse si existen medidas alternativas a la analizada mediante el test¹¹⁹; (ii) posteriormente debe establecerse si esas medidas son idóneas en la misma medida que la injerencia que se analiza¹²⁰,

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 2017.

¹¹⁷ Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4ta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 875.

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2013.

¹¹⁹ Las medidas serán alternativas si y solo si tienen algún grado de idoneidad para alcanzar el fin que se persigue. Cfr. Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. P. 935-936.

¹²⁰ Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. P. 937

y (iii) por último se debe juzgar si las medidas alternativas intervienen con mayor o menor intensidad en el derecho fundamental que se ve afectado con la medida¹²¹.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto requiere efectuar una ponderación, ejercicio que debe desarrollarse en los siguientes tres pasos:

“La concepción más difundida de la ponderación propone analizar tres variables, para hallar una solución adecuada a una tensión entre dos derechos fundamentales o, de manera más amplia, entre dos principios: (i) el peso abstracto de cada principio; (ii) la intensidad de la afectación o del beneficio que la intervención en un derecho reporta para otro, y (iii) la certeza fáctica o empírica acerca de su ocurrencia”¹²².

La ponderación representa una comparación entre la importancia que tiene la afectación positiva o materialización de un derecho fundamental mediante la medida y la importancia de la afectación negativa o desmedro que se le genera al derecho fundamental que debe soportar la implementación de la medida¹²³.

En este orden de ideas, para hacer tal comparación, se debe primero determinar el “peso” de los objetos normativos afectados con la medida analizada (en este caso derechos fundamentales), esto se realiza mediante la comprobación de la importancia de cada uno de los objetos en el sistema constitucional y del establecimiento de qué tanto se afecta el derecho sobre el cual se interviene y qué tanto se realiza el derecho que se presenta como fin¹²⁴.

Acto seguido se procede a calificar la intensidad de la afectación y materialización de cada uno de los derechos. La intensidad de la afectación puede ser medida a través de la intervención o modificación que se genera en la posición inicial del

¹²¹ *Ibíd.* P. 941.

¹²² Salvamento de voto de la Sentencia T-091 de 2018. Corte Constitucional.

¹²³ Bernal Pulido, Carlos. *Op. Cit.* P. 964.

¹²⁴ *Ibíd.* P. 964-965.

derecho fundamental, es decir, en qué tanto cambia o retrocede la posición inicial de disfrute o materialización del derecho fundamental¹²⁵.

De otro lado, el grado de realización se puede establecer observando cuántos de los aspectos del derecho fundamental se materializan gracias a la medida, entre más aspectos se realicen, y lo hagan con mayor eficacia, mayor será el grado de realización¹²⁶.

Teniendo en cuenta que la implementación de las medidas que afectan (positiva o negativamente) los objetos normativos ocurren en el mundo real, y no solo como una mera posibilidad hipotética, la intensidad también debe ser medida a la luz de criterios de carácter empírico, como lo son la eficacia, la duración, la rapidez o el alcance de la medida que se propone¹²⁷.

Estos tres ámbitos; el peso del objeto normativo en abstracto, su peso a la luz de la intensidad de la afectación y las implicaciones empíricas de la medida, son los criterios utilizados para determinar su peso en la ponderación.

Habiendo realizado el procedimiento anterior, se pasa a efectuar la comparación, estableciendo cuál de los dos derechos debe tener una precedencia o, dicho de otro modo, en el caso concreto cuál de los dos debe primar en las circunstancias analizadas.

No obstante, esta precedencia es condicionada, ya que solo aplica al caso concreto analizado y no es posible extrapolarla a todos los casos en los que esos derechos fundamentales o principios pugnen entre sí¹²⁸.

La comparación puede implementarse recurriendo a una fórmula, según la cual el peso total de cada derecho en la ponderación puede ser definido asignándole un valor numérico a su importancia, a su peso abstracto y a la probabilidad de su

¹²⁵ *Ibíd.* p. 968.

¹²⁶ *Ibíd.* p. 972.

¹²⁷ *Ibíd.* P. 981.

¹²⁸ *Ibíd.* P. 990.

realización o afectación (llamado también apreciaciones empíricas sobre su importancia), y posteriormente multiplicando estos valores.

Estos números nos indicarán el peso de cada uno de los derechos en ponderación y nos indicarán cuál de los dos debe prevalecer en el caso concreto¹²⁹.

Antes de iniciar el recorrido por los subprincipios, debemos acotar que el test de proporcionalidad tiene una naturaleza escalonada, es decir, que, si la medida no resulta adecuada, ya no es necesario evaluar su necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, ya que su razonabilidad queda descartada. En igual sentido, si no resultase necesaria, los demás criterios ya no serían relevantes por cuanto proporcional solo es la medida que supera la totalidad del test.

Como anticipamos, la medida que proponemos analizar es levantar la garantía de no autoincriminación en el marco del juicio rescindente, con el fin de generar un doble deber en cabeza del tercero quien rindió el interrogatorio, primero, un deber de declarar, que implica acudir a la audiencia dentro del juicio rescindente y contestar la totalidad de las preguntas que le sean formuladas, y segundo, un deber de ser veraz en las respuestas entregadas.

La finalidad que se perseguiría con esta medida sería la de materializar la justicia material en el caso concreto, teniendo como mecanismo que el juez de la revisión pueda apreciar si en efecto el testimonio del tercero que rindió el interrogatorio satisface los criterios de la causal 3° de revisión y si con esta declaración la causal se puede dar por probada, motivando un juicio rescisorio.

Como dijimos, lo que se presenta es una tensión entre dos derechos, el derecho a la justicia material y el derecho a la no autoincriminación, que debe ser resuelta mediante el análisis propio de los pasos de la ponderación, como procedemos a hacer a continuación:

¹²⁹ Para una explicación de los pormenores de la fórmula matemática, su historia y su derivación. Cfr. Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. P. 993 y ss.

En términos de idoneidad, encontramos que la medida de limitar la garantía de no autoincriminación en este escenario perseguiría un fin constitucionalmente legítimo, como es el de dar vigencia a un orden justo, en los términos del artículo 2 de la Constitución Nacional y a materializar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia del condenado de manera injusta.

Mediante la obligación de declarar del tercero, lo que se pretende es lograr que en el juicio rescindente el juez de la revisión tenga la posibilidad de determinar si en efecto la sentencia en contra de la cual se dirige la acción contiene una injusticia, situación que se tornaría imposible si el tercero que rindió el interrogatorio no declara.

En este sentido, se considera que el fin perseguido es constitucionalmente legítimo ya que la realización de la justicia, como: “*valor superior del ordenamiento jurídico*”¹³⁰ está dentro del contenido normativo del derecho al acceso a la administración de justicia, particularmente dentro de la posibilidad normativa de la tutela judicial efectiva.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

*“Es por ello que el derecho de acceso a la administración de justicia también se ha denominado como el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el Estado no solamente está en la obligación de garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder al aparato judicial a través de su participación en los procesos establecidos para ese propósito, sino que también implica que **‘a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas’**”¹³¹.
(Énfasis suplido).*

Así las cosas, la medida propuesta persigue un fin legítimo no solo porque se trata de un fin que el ordenamiento constitucional no descarta de manera explícita, sino

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-799 de 2005, citada por la Corte Constitucional. sentencia C-031 de 2019.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2019.

porque busca la realización de una de las posibilidades normativas de un derecho fundamental expresamente reconocido en el texto constitucional.

Habiendo establecido la legitimidad del fin constitucional perseguido, corresponde preguntarnos si en efecto la medida propuesta tendría la capacidad de obtener tal fin. En nuestra opinión, el levantamiento de la no autoincriminación acerca al juez de la revisión a la verdad, ya que le permite recibir el testimonio del tercero que rindió el interrogatorio, quien sería el verdadero autor del delito, y determinar si efecto tiene la trascendencia para demostrar la inocencia del condenado.

Desde el punto de vista del condenado, la tutela judicial efectiva estaría más cerca si se adopta la medida propuesta, y se frustraría de no adoptarse, por lo que concluimos que: respecto de este primer elemento del test, es posible indicar que estamos frente a una medida idónea.

En términos de necesidad, debemos preguntarnos si existe otra medida que afecte en menor medida el derecho de no autoincriminación de quien rindió el interrogatorio que pueda, con la misma eficacia, o una similar, materializar el fin constitucionalmente legítimo de materializar la tutela judicial efectiva.

Iniciaremos por determinar si existen, hipotéticamente, medidas alternativas a la propuesta y analizada. Dentro de las posibilidades procesales, la única medida alternativa al levantamiento de la no autoincriminación es permitir que el juez de la revisión valore, como prueba, el interrogatorio del tercero, lo que evitaría que este tuviera que rendir su versión en el juicio rescindente.

Sin embargo, permitir que el interrogatorio sea valorado como una prueba no tendría la misma eficacia en la materialización del fin que se persigue, lo anterior porque dificultaría valorar varios aspectos del testimonio del tercero, a quien no se le podrían realizar preguntas adicionales con el fin de determinar cómo ocurrieron los hechos, por qué se descartaría la participación o autoría del condenado accionante en la revisión, y por qué le sería posible recordar lo ocurrido, todo lo cual implicaría una reducción en el poder de convencimiento de la prueba, aumentando la

probabilidad de que se diera por no probada la trascendencia de esta, que, como hemos sostenido, es un requisito fundamental que debe acreditar el accionante.

Por demás, esta opción afectaría otros principios constitucionales además de la no autoincriminación, como el debido proceso o el derecho de contradicción de la Fiscalía, elementos que también deben ser tenidos en cuenta en este ejercicio de ponderación.

Por lo anterior, la medida propuesta se presenta como necesaria, ya que sería la única con la capacidad de lograr que el juez de la revisión apreciara realmente la versión de quien rindió el interrogatorio y así pudiera decidir sobre la acreditación de la causal, mediante la inmediación y contradicción de la prueba o, dicho de otro modo, es la única con su nivel de eficacia en la materialización del fin perseguido.

Finalmente, corresponde determinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida propuesta, el cual debe iniciar por determinar el peso de los objetos normativos afectados por la medida.

En el caso del objeto normativo afectado de manera positiva con la medida es uno de los aspectos normativos de un derecho fundamental, por lo que se encuentra en la parte más alta de la jerarquía en términos de la ponderación.

Por otro lado, el objeto afectado de manera negativa también se trata de un derecho fundamental, ya que así lo ha reconocido la Corte Constitucional respecto de la garantía del artículo 33 de la Constitución Nacional¹³².

Dentro de los pronunciamientos sobre estos derechos, no se ha establecido una jerarquía, es decir, no existen antecedentes que permitan indicar que, dentro de la sistemática constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva (como mecanismo para materializar la justicia) tenga primacía sobre la garantía de no autoincriminación o viceversa.

¹³² Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2011.

Incluso, cuando la Corte Constitucional ha evaluado la posibilidad de establecer una prevalencia entre la justicia y el derecho de defensa, ha llegado a las siguientes conclusiones:

“Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia - a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables -, no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieran preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desprotegerse al inculpado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia, y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieran primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado.

En síntesis, como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica”¹³³.

Si bien en el caso que nos ocupa no estamos frente a una tensión con el derecho de defensa, las consideraciones de la Corte son aplicables, no solo porque el derecho a la no autoincriminación guarda una relación estrecha con el derecho de

¹³³ Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, citada por la Corte Constitucional. sentencia C-648 del 2001.

defensa¹³⁴, sino porque la naturaleza misma de la no autoincriminación implica, como el derecho de defensa del culpable, una tensión con el derecho a la justicia.

En cuanto a la afectación que cada uno de estos derechos fundamentales presenta con la medida, iniciaremos por cuantificar la afectación negativa que recibe el derecho a la no autoincriminación.

Como hemos determinado, la garantía de no autoincriminación tiene tres implicaciones o posiciones fundamentales: la posibilidad de no declarar como testigo, la posibilidad de declarar y guardar silencio o abstenerse de contestar algunas preguntas, y la posibilidad de dar respuestas no veraces a las preguntas que le sean formuladas a la persona.

La posibilidad de ejercer cada una de estas prerrogativas representa la posición inicial de disfrute del derecho, y es claro que la medida propuesta, el levantamiento para el juicio rescindente de la no autoincriminación, eliminaría por completo la posibilidad de ejercicio de estas, haciendo retroceder por completo este derecho.

Desde este punto de vista, también podemos decir que la posición inicial del derecho antes de la medida es de fundamental importancia para que el derecho pueda ejercer su función de defensa, ya que, acudiendo a otra terminología, la posibilidad de no declarar, declarar parcialmente o declarar de manera falsa hacen parte del núcleo duro del derecho a la no autoincriminación.

Por lo anterior, consideramos que la medida tendría una afectación negativa en la máxima intensidad para el derecho de la no autoincriminación, al punto que este desaparecería en el juicio rescindente.

Por otro lado, debemos valorar la afectación positiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Es claro que este derecho, como posibilidad normativa del derecho al acceso a la administración de justicia, comprende una gran serie de situaciones como, por ejemplo: la posibilidad de presentar una solicitud ante el aparato judicial

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2011.

y recibir un pronunciamiento respecto de este, la existencia de un andamiaje procesal y logístico que permita que se resuelvan conflictos por medio de la administración de justicia, entre otros.

Con esto queremos decir que la medida propuesta no materializa todos los aspectos del derecho, ya que en nada toca muchas de sus posibilidades normativas (en especial las prestacionales), pero sí materializa una en particular, quizás una de las más importantes, y es el restablecimiento de un orden jurídico justo para quien considera violadas sus garantías.

De todas maneras, es necesario reconocer que la tutela judicial efectiva, en cuanto reconduce a la justicia, es una condición necesaria pero no suficiente para la realización de este derecho¹³⁵, ya que como hemos observado, existen posibilidades normativas que no se ven en nada favorecidas por la medida, y que de no existir harían nugatoria la posibilidad de reestablecer un orden justo, como lo son los aspectos prestacionales del derecho.

Por esto, concluimos que la afectación positiva sobre el derecho a la tutela judicial efectiva es media, ya que la medida no materializa todas las posibilidades del derecho y las que materializa son necesarias más no suficientes para su desarrollo.

En lo que se relaciona con los aspectos empíricos de la medida, debemos indicar que la limitación al derecho de la no autoincriminación es bastante eficaz, enteramente probable y tiene un alcance a todo el derecho. Con esto queremos decir que obligar a quien rindió el interrogatorio a acudir y a responder las preguntas representa una afectación negativa al derecho de no autoincriminación que casi con seguridad se va a producir (salvo si la persona logra eludir a las autoridades en la conducción) y que al hacerlo se afecta la totalidad del derecho, sin que exista lugar a debate sobre si en efecto se alcanzó a mancillar esta garantía.

¹³⁵ Sobre las consecuencias para la ponderación de esta circunstancia Cfr. Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. P. 974.

A lo anterior debe anudarse que la afectación a la no autoincriminación es irremediable, ya una vez la persona ha sido obligada a declarar en su contra ya no es posible recomponer esta garantía, por lo menos dentro del proceso de revisión.

Ante esto, indicamos que la seguridad de las condiciones empíricas revela una afectación negativa para el derecho que es *cierta*.

Por el contrario, la obligación de declarar de quien rindió el interrogatorio no necesariamente va a implicar el restablecimiento de un orden justo (probabilidad) por cuanto incluso declarando el juez de la revisión puede considerar que la causal 3ra de revisión no ha sido probada.

El tercero, declarando y haciéndolo de manera verás, puede resultar poco convincente para el juez de la revisión, o la fiscalía puede controvertir su versión de una manera efectiva. Incluso, existe la posibilidad de que en la práctica probatoria el accionante no haga un buen ejercicio y el testimonio no sea todo lo efectivo que podría llegar a ser, aspectos estos que pueden dar al traste con la finalidad pretendida con la medida.

Por esto, la seguridad de las condiciones empíricas de una afectación positiva para el derecho de la tutela judicial efectiva es *plausible*, ya que la sola declaración del tercero en el juicio rescindente no implica que se dará por probada la causal.

Acudiendo a la comparación como elemento final de la proporcionalidad en sentido estricto, debemos determinar la prevalencia de alguno de los dos derechos a partir de los criterios valorados. En el aspecto numérico, vemos que el derecho a la no autoincriminación tiene un peso abstracto alto, por lo que su valor numérico de 4 (2²)¹³⁶, igualmente, el grado de afectación de este también es grave, y merece un valor numérico también de 4 (2²). Finalmente, los aspectos empíricos de la

¹³⁶ Para consultar la explicación pormenorizada de los valores numéricos Cfr. Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. P. 993 y ss.

afectación la hacen considerar como cierta, por lo que le corresponde un valor de 1 (2°).

Por el otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un peso abstracto alto, por lo que corresponde un valor numérico de 4 (2²), su grado de realización es medio, así que se impone un valor de 2 (2¹), y sus consideraciones empíricas revelan su afectación positiva como plausible, lo que genera un valor de 0.5 (2⁻¹).

Con estos elementos, es posible aplicar la fórmula de ponderación, que implica que para que la medida propuesta sea razonable, constitucional o proporcional, lo siguiente debe ser verdad:

$$\frac{\alpha_1 * \beta_1 * \gamma_1}{\alpha_2 * \beta_2 * \gamma_2} \leq \frac{\alpha_2 * \beta_2 * \gamma_2}{\alpha_1 * \beta_1 * \gamma_1}^{137}$$

En el caso concreto, los valores antes determinados llenarían la fórmula de la siguiente manera:

$$\frac{4 * 4 * 1}{4 * 2 * 0.5} \leq \frac{4 * 4 * 1}{2 * 4 * 0.5}$$

Esto, quiere decir:

$$\frac{16}{4} \leq \frac{4}{16}$$

$$4 \leq 0.25$$

Como puede apreciarse, la ecuación resulta siendo falsa, por lo que es posible determinar que la medida propuesta no es razonable, constitucional o proporcional y, en consecuencia, no está justificado constitucionalmente poner en cabeza del tercero que rindió el interrogatorio la obligación de declarar en el juicio rescindente.

¹³⁷ α_1 es el grado de afectación negativa del derecho, β_1 es el peso abstracto del derecho que se limita y γ_1 son las consideraciones empíricas del derecho que se limita; de otro lado α_2 , β_2 y γ_2 corresponde a los mismos conceptos en relación con el derecho que resulta afectado positivamente.

Para expresarlo de una manera no numérica, no es posible, so pretexto de materializar la justicia en el caso concreto, levantar la garantía de no autoincriminación, en parte porque este derecho fue creado como un límite a la búsqueda de verdad y justicia del Estado.

Es de la esencia del derecho a la no autoincriminación poner en manos de la persona la posibilidad de evitar que dentro del proceso se tenga su versión de los hechos, lo cual puede afectar la capacidad del juzgador de obtener la verdad y, a su vez, lograr la justicia.

Cuando al interior del proceso la persona, por ejemplo, se rehúsa a contestar preguntas que le son formuladas por las partes, o indica que no desea colaborar con la justicia a menos que se emita una orden por parte del juez de control de garantías, puede estar evitando que se llegue a la verdad y a la justicia, las cuales pueden ir en desmedro de sus intereses como responsable de los hechos investigados.

Si fuera posible y razonable hacer retroceder la no autoincriminación para reestablecer el orden justo, este derecho sería inexistente en la práctica, puesto que siempre podría ser posible encontrar una víctima o un interés superior que, en términos de justicia material, se vería satisfecho si se obliga a la persona a declarar en su contra, situación que nos hace sostener que esta garantía, en el caso concreto, debe prevalecer por sobre el derecho a una tutela judicial efectiva del condenado injustamente.

En conclusión, el ejercicio de ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la no autoincriminación arroja que en el caso concreto de la acción de revisión y el juicio rescindente, debe prevalecer el derecho a la no autoincriminación.

6.2.2 El interrogatorio del tercero como prueba trasladada o prueba de referencia en el juicio rescindente.

Con esto presente, nos preguntamos si es posible, ya que no se puede obligar a la persona que rindió el interrogatorio a declarar, utilizar el interrogatorio como prueba trasladada o dotarlo de la calidad de prueba, así sea de referencia, para continuar con el juicio rescindente.

En los apartes que anteceden ya hemos contestado este interrogante, al indicar que el interrogatorio no es una prueba, ni por sí misma puede serlo, por lo que no es posible convertirla en prueba trasladada. La prueba trasladada presupone que lo que se va a trasladar ha sido practicado como prueba en el proceso de donde proviene, situación que no se daría respecto del interrogatorio.

Finalmente, creemos que la solución de darle entidad probatoria al interrogatorio va en contra de los requisitos y principios probatorios del juicio rescindente, donde todo gira en torno a determinar, en el caso concreto de la causal tercera, si la prueba cumple con los requisitos de trascendencia, novedad y falta de culpa de quien la aduce, situación que, consideramos, requiere su inmediación y la posibilidad de que el juez de la revisión y las partes hagan preguntas en extenso sobre los hechos presenciados por el testigo, con miras a determinar si efectivamente su dicho tiene la potencialidad de demostrar la inocencia del condenado.

La apreciación de comunicaciones no verbales, así como la posibilidad de ahondar mediante preguntas, son los únicos medios que le permiten al juez de la revisión determinar, con el grado de conocimiento requerido, si el testimonio de quien rindió el interrogatorio tiene la entidad necesaria para contradecir las conclusiones de la sentencia que se pretende dejar sin efectos con la revisión.

Y, como vimos en el ejercicio de ponderación, dotar de la calidad de prueba al interrogatorio, a más de dar al traste con los principios probatorios de la Ley 906 de 2004, no se presenta como una solución eficaz, ya que es difícil que la versión de

un indiciado, contenida en un documento, pueda llenar el requisito de trascendencia de la prueba nueva.

La única solución sistemática que se nos presenta dependería de que el tercero decida asistir al juicio rescindente, pero se rehusó a responder las preguntas, en cuyo caso sería posible introducir lo manifestado en el interrogatorio a través de las preguntas de las partes; sin embargo, si la persona insiste en no contestar, esto no permitiría al juez de la revisión apreciar en medida alguna el testimonio.

Por todo lo anterior, se nos impone concluir que en el caso de que el tercero que rindió el interrogatorio decida ejercer su garantía de no autoincriminación en el juicio rescindente, el juez de la revisión no tiene otro remedio que decretar no probada la causal, precisamente por la imposibilidad de practicar la prueba nueva.

En este sentido, la inasistencia o la negativa a declarar en el juicio rescindente del interrogado deben asimilarse a un escenario en donde un documento exculpativo, a pesar de haber sido anexado en original con la demanda de revisión, se perdiera por completo dentro del expediente, y no fuera posible acceder a copia alguna del mismo. Si bien la situación representaría un escenario de injusticia para el condenado, sin la prueba no es posible darle trámite a una causal que, precisamente, depende de esta.

6.3 El ejercicio de la garantía de no autoincriminación, en el juicio rescisorio, por parte del tercero que rindió el interrogatorio en otro proceso penal.

Habiendo respondido qué ocurre cuando el tercero que rindió el interrogatorio ejerce su derecho de no autoincriminación en el juicio rescindente, es pertinente preguntarse qué ocurre cuando esta persona asiste al juicio rescindente, en el cual se practica su testimonio y como resultado de esto se decreta probada la causal tercera y se ordena adelantar un juicio rescisorio, pero, una vez ocurrido esto, la persona no acude al juicio rescisorio, es decir, no acude como testigo al juicio oral, o en su defecto decide acudir pero hacer uso de su garantía de no autoincriminación.

Al respecto, se presentan preguntas similares a las que ocurrían cuando la situación se presentaba respecto del juicio rescindente; no obstante, la solución en este caso debe tener en cuenta una situación nueva, y es que el tercero que presentó el interrogatorio ya realizó una declaración testimonial con atención a los principios probatorios del proceso de revisión, por cuanto declaró en el juicio rescindente.

No es posible, como se dijo en la hipótesis anterior, que la declaración del interrogatorio se convierta en una prueba de referencia, ya que los argumentos esbozados para rechazar esta posibilidad aplican con igual intensidad al escenario del juicio rescisorio.

En el mismo sentido, consideramos que un ejercicio de ponderación, a pesar de que en el juicio rescisorio existen otras circunstancias, como una finalidad diferente basada en juzgar la responsabilidad penal del acusado, o la presunción de inocencia como estándar de adjudicación a favor de quien fue condenado injustamente, tendría el mismo resultado, por cuanto la mayoría de las consideraciones que hicieron concluir que el levantamiento de la no autoincriminación era una medida desproporcionada se mantendrían del mismo modo.

Incluso, habría argumentos adicionales del lado del derecho a la no autoincriminación, ya que el juicio rescisorio se desarrolla en un escenario netamente penal, en el cual la aplicación de la no autoincriminación es esencial, es decir, las posibilidades normativas de la no autoincriminación tienen una especial relevancia como desarrollo de este derecho en lo penal, situación que solo resalta la intensidad de la afectación negativa que sobre este derecho tendría la medida propuesta.

Al encontrar que no es posible tampoco en el juicio rescisorio convertir en prueba el interrogatorio (bien sea como prueba de referencia o como prueba directa), y que no es proporcional crear una obligación de declarar en cabeza del tercero, parecería que la solución en el marco del juicio rescisorio debiera ser similar a la que se delineó para el juicio rescindente.

Sin embargo, en el marco del juicio rescisorio sería posible evaluar una situación adicional, y es la relacionada con la prueba trasladada, lo anterior teniendo en cuenta que el tercero, en el escenario que estamos analizando, tuvo que haber declarado en el juicio rescindente, en donde se declaró probada la causal.

Esto implicaría la existencia de una declaración testimonial por parte de esta persona, recibida en el marco de un proceso en donde la controversia se centró casi en los mismos puntos sobre los cuales la prueba versaría en el proceso penal (la responsabilidad o inocencia del acusado), la cual fue recibida de conformidad con los principios probatorios del proceso de revisión, y con la presencia y contradicción de las mismas partes que acudirían al juicio oral.

Esto abriría la puerta a considerar la posibilidad de trasladar la prueba testimonial del proceso de revisión al proceso penal y permitir al juez de conocimiento valorarla para formular su juicio sobre la responsabilidad penal del acusado.

6.3.1 la prueba trasladada en el proceso penal colombiano.

La Ley 600 de 2000 regulaba la prueba trasladada en su artículo 239, el cual establecía lo siguiente:

“ARTICULO 239. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.”

Esta regulación tenía sentido a la luz de los principios probatorios de esta legislación procesal, ya que como se ha dicho con antelación, estos estaban marcados por la permanencia de la prueba, bajo la cual el juez de conocimiento en muchas ocasiones no tenía la posibilidad de inmediar las pruebas que eran practicadas por el fiscal, sino que las valoraba ya habiéndose aportado a la actuación con anterioridad.

A esto se debía que al juez de conocimiento de la Ley 600 de 2000 se le pudieran trasladar pruebas practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral, habiendo estas sido inmediadas por otro funcionario judicial, sin que se rompiera la lógica de este procedimiento.

En contraposición, y como hemos visto, la Ley 906 de 2004 presenta unos principios probatorios que requieren que la práctica de la prueba cumpla con una serie de condiciones y momentos procesales que no son compatibles con la idea de la prueba trasladada, en especial los de contradicción e intermediación.

La prueba trasladada, por su naturaleza, no es controvertida por las partes del proceso penal, quienes difícilmente se podrían encontrar en el marco de otro proceso que no fuera este, igualmente, esta prueba no sería practicada frente al juez de conocimiento en el marco del juicio oral.

Quizás esto explica el silencio que guarda la Ley 906 de 2004 sobre la prueba trasladada, la cual no es mencionada a lo largo de su texto, ni para regularla ni para prohibirla.

Por esta razón, para determinar la aplicabilidad y las condiciones de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004, debemos remitirnos a lo dicho por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la especialidad penal de la jurisdicción ordinaria.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en su jurisprudencia reciente al afirmar que la prueba trasladada no tiene cabida en el sistema procesal penal actual, por cuanto su aplicación violentaría los dos principios probatorios a los que hicimos referencia.

A continuación, traeremos ejemplos de 3 sentencias recientes en las cuales la Corte ha establecido la proscripción de la prueba trasladada, para de manera posterior hacer un análisis al respecto:

“(...) el Tribunal desconoció varias reglas básicas del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, entre ellas, que la decisión solo puede tener como fundamento las pruebas practicadas en el juicio oral (Art. 16), de tal manera que si una de las partes pretende servirse de las producidas en otro proceso, debe solicitarlas en la audiencia preparatoria y disponer lo pertinente para su práctica o incorporación en el juicio oral, sin perjuicio del deber de descubrirlas oportunamente”¹³⁸.

“Es cierto que al proceso penal se allegaron esas pruebas documentales. Sin embargo, lo que en últimas pretende el censor es que las pruebas practicadas en el trámite civil, se aprecien en la actuación penal, a modo de pruebas trasladadas, lo cual abiertamente trasgrede principios como los de inmediación, contradicción y confrontación de la prueba”¹³⁹.

“(...) en un sistema de enjuiciamiento como el regulado por la Ley 906 de 2004, la proscripción de la prueba trasladada dota a la practicada en cada juicio de una autonomía e identidad tal que bien puede desembocar en distintos sentidos de apreciación, según el proceso que se trate”¹⁴⁰.

Los anteriores apartes no corresponden a fragmentos de argumentaciones extensas que sobre el punto ha realizado la Corte, sino que se trata de casi toda la totalidad de la argumentación desarrollada en cada una de esas providencias. Lo cierto es que, si bien este órgano de cierre ha afirmado de manera reiterativa que la prueba trasladada no es admisible en la Ley 906 de 2004, no lo ha hecho a través de un desarrollo argumentativo complejo.

De todas maneras, de lo que ha indicado la Corte, es posible afirmar que su negativa a reconocer la prueba de referencia dentro del proceso penal acusatorio responde a dos situaciones propias de los principios probatorios de esta legislación.

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. 50492.

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 28 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 51705.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 9 de marzo de 2016. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Rad. 47648.

En primer lugar, la Corte parece entender que la prueba trasladada va en contra de la garantía de contradicción de la parte en contra de quien se aduce, por cuanto si se traslada la totalidad de la prueba como esta fue practicada en el proceso originario, no se permitiría un escenario de contradicción en el juicio oral.

En igual medida, de los apartes citados se desprende la idea de que prueba solo es la practicada en el juicio oral frente al juez de conocimiento, por lo que la prueba trasladada, si bien es aducida al proceso originario según las reglas de este, no podría ingresar al proceso penal ya que no sería, en estricto sentido, inmediada por el juez de conocimiento en lo penal.

Habiendo dicho lo anterior, es necesario resaltar que, en ocasiones, mediante otros pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia parece abrir la puerta para la aplicación de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004, por ejemplo al indicar lo siguiente:

“(...) en el sistema regulado por la Ley 906 de 2004, no existe la posibilidad de tener como pruebas las practicadas en otras actuaciones, sin que se cumplan una serie de exigencias, entre ellas, el descubrimiento, la solicitud y la autenticación, en aras de garantizar los derechos de contradicción y confrontación”¹⁴¹.

En esta sentencia, que fue emitida en el año 2017, se abre la posibilidad a que la prueba trasladada tenga aplicación en la Ley 904 de 2004, aun cuando la Corte en jurisprudencias emitidas en los años antes y después que esta haya indicado lo contrario.

Como se desprende del aparte, la Corte indica que si se siguen los pasos normales para introducir una prueba al proceso penal (su descubrimiento, traslado, solicitud y decreto) la prueba trasladada puede tener cabida siempre y cuando se autentique la misma antes de ser incorporada al proceso penal.

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49564.

Esto, como vimos, hace eco de las exigencias que para este tipo de pruebas tenía la Ley 600 de 2000, donde se exigía de manera explícita la autenticación de la prueba a la hora de trasladarla.

De todas, maneras, se trata de una jurisprudencia insular, que no corresponde a la que parece ser la opinión dominante en la Corte, la cual corresponde a que la prueba trasladada no es admisible en la Ley 906 de 2004.

6.3.2 la prueba trasladada en las demás legislaciones

Antes de establecer nuestra postura sobre el tema, debemos hacer un pequeño recuento de qué ocurre con la prueba trasladada en las demás especialidades de la jurisdicción ordinaria, situación que podría resultar aplicable a la Ley 906 de 2004.

Como dijimos, el actual Código de Procedimiento Penal no hace alusión a la prueba trasladada. Cuando una situación así ocurre, normalmente se acude al principio de integración, descrito en el artículo 25 de esta legislación, el cual nos redirige a lo regulado a través del Código General del Proceso.

De todas maneras, la Ley 906 de 2004 nos advierte que el principio de integración solo es aplicable cuando las materias reguladas por el Código General del proceso, o la legislación que haga sus veces, sean compatibles con la naturaleza del procedimiento penal.

Esto tiene sentido, y trata de evitar precisamente que instituciones procesales propias de otras especialidades sean traídas al proceso penal, en donde impera una lógica diferente que puede resultar incompatible con estas.

Teniendo en cuenta la anterior advertencia, el artículo 174 del Código General del Proceso trae a colación la regulación que rige la prueba trasladada en la legislación colombiana:

“Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen

se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.”

De la anterior redacción podemos extraer los siguientes elementos: (i) la prueba trasladada debe ser, por un lado, *legal o válida*, esto implica que no debe ser ilícita en el sentido de haberse practicado, recopilado o aducido afectando derechos fundamentales, e igualmente debe ser legal, lo que quiere decir que su práctica e incorporación al proceso de donde proviene debe haber respetado todas las formalidades de la correspondiente legislación.

Por otro lado, (ii) la prueba trasladada debe ser *controvertida*, bien sea porque en el proceso donde se practicó fue solicitada por la parte en contra quien se aduce, o esta pudo contradecirla en la audiencia donde fue practicada, o porque en el proceso en el cual va a ser trasladada se abrirá un nuevo espacio para permitir su contradicción.

La principal problemática que presenta esto, es que, incluso si en los dos procesos (del cual se va a trasladar la prueba y al cual se va a trasladar) tienen una identidad de partes, esto no significa que el objetivo y el desarrollo de una prueba en el marco de un proceso puedan servir al otro. Por ejemplo, la declaración de una persona que, en el marco de un proceso civil, hace referencia a la comisión de una conducta punible por parte de una persona, no necesariamente será útil para un proceso penal, porque el objeto del testimonio y, en consecuencia, de las preguntas de las partes en su práctica puede ser muy diferentes.

Así, una pregunta que no tiene lugar en un proceso, y por lo tanto es rechazada por el juez, podría tener lugar en el otro, situación que afectaría la capacidad de la prueba trasladada de acercar al funcionario judicial a la verdad de lo ocurrido.

Incluso, a partir de lo variados que pueden ser los objetos de los procesos judiciales, en la práctica, una parte pudiera decidir no controvertir el contenido de una prueba que establece la ocurrencia de un hecho porque, por ejemplo, en nada afectaba el aspecto jurídico del caso, que es lo que pretende atacar; sin embargo, puede que, en un nuevo proceso, con una finalidad diferente, esa misma parte tenga como estrategia controvertir la prueba.

En estos especiales casos, el juez de conocimiento debe, so pena de afectar los derechos de la parte en contra de la cual se aduce la prueba trasladada, y a pesar de que el texto de la ley indique que solo se requiere que la prueba haya sido practicada con presencia de las partes, ponderar la situación y quizás permitir en alguna medida una nueva contradicción, a pesar de la identidad de partes en los dos procesos.

En lo relacionado con la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, la prueba trasladada tampoco se encuentra regulada de manera expresa en la Ley 1437 de 2011, ya que en su régimen probatorio, mediante lo dispuesto por el artículo 211 de esta legislación, se remite a lo regulado en el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), situación que nos permite concluir que las únicas legislaciones procesales vigentes que de manera expresa se refieren a la prueba trasladada son la Ley 600 de 2000 y el Código General del Proceso.

6.3.3 Postura personal y propuesta.

Como pudimos determinar de una revisión jurisprudencial, la Corte parece sostener de manera reiterada una postura según la cual la prueba trasladada no es admisible dentro del proceso penal con corte acusatorio; lo anterior, basada en los principios de inmediación y concentración de la prueba.

También pudimos observar que existe por lo menos una providencia en la cual la Corte abre espacio para que la prueba trasladada pueda ser usada en la Ley 906 de 2004, siguiendo los pasos de cualquier otra prueba y prescindiendo de la

inmediación en favor de la autenticación del medio probatorio, realizada previamente a su traslado.

Finalmente, vimos que, en las demás legislaciones procesales colombianas, la prueba trasladada debe ser legal, lícita y controvertida, lo cual puede presentar problemas prácticos para el juez de conocimiento de lo penal.

A continuación, procedemos a presentar nuestra postura personal sobre la aplicación de la prueba trasladada en el juicio rescisorio, como solución al problema jurídico del ejercicio de la garantía de no autoincriminación por parte del tercero.

6.3.3.1 la contradicción de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004

Si bien es verdad que, si se toma una prueba practicada al interior de un procedimiento, y se traslada la misma a otro con el fin de que sea valorada por el juzgador de este último, esto no permitiría a las partes participar en la formación de la prueba, ejerciendo su derecho a la contradicción.

No obstante, como hemos observado, el procedimiento de traslado de una prueba presta especial atención al problema de la contradicción, entendiendo que la prueba solo puede ser trasladada si todas las partes del proceso al cual se traslada han tenido, por lo menos, la oportunidad de controvertirla.

En este orden de ideas, la prueba solo se puede trasladar si: (i) fue solicitada, en el proceso originario, por parte de la persona en contra de quien se aduce en el segundo proceso; (ii) fue practicada, en el proceso originario, en una audiencia con presencia de la parte en contra de quien se aducen en el proceso de destino; o, (iii) en el proceso al cual se va a trasladar la prueba se va a abrir un nuevo espacio para la contradicción de esta.

Lo anterior implica que la prueba pudo ser controvertida por quien se ve atacado en su teoría del caso con su traslado y, en consecuencia, no estaría afectado su derecho a la contradicción; adicionalmente, si la persona contra quien se aduce nunca tuvo oportunidad de controvertir la prueba en el proceso originario, la

legislación nos indica que es necesario abrir un escenario para su contradicción, asegurando de manera íntegra este principio probatorio de la Ley 906 de 2004.

En conclusión, si en el proceso originario la prueba fue practicada con la presencia de alguna de las partes, o esta solicitó la práctica de la prueba, se entendería cumplido el requisito de contradicción, de lo contrario, sería necesario volver a abrir un escenario dentro del juicio oral para que se controvirtiera la prueba, mediante la citación, por ejemplo, del testigo o el perito.

Con todo, las anteriores consideraciones no impiden que la parte controvierta la prueba trasladada a través de otros medios probatorios, que, apreciados en su conjunto, como ordena la Ley 906 de 2004, resten credibilidad a la prueba que fue traída desde el proceso originario.

Con esto consideramos superadas las observaciones realizadas en torno a la contradicción como obstáculo para permitir el uso de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004, por lo que procedemos a tratar el tema de la inmediación de la prueba.

6.3.3.2 La inmediación de la prueba trasladada en la Ley 906 de 2004.

Como hemos venido sosteniendo, la inmediación de la prueba por parte del juez de conocimiento es un requisito esencial para la transformación de los elementos con vocación de prueba en verdaderas pruebas dentro del proceso penal.

En este punto, debemos reconocer que la prueba trasladada definitivamente no es inmediada, por lo que rompería con este concepto, salvo en aquellos casos donde se requiere un nuevo espacio para la contradicción de la parte que no la solicitó o presenció su práctica en el proceso originario.

De todas maneras, incluso en estas instancias, el juez de conocimiento no podría inmediatear la totalidad de la prueba, sino únicamente los esfuerzos de contradicción de una de las partes sobre lo que la prueba, en su práctica originaria, ya ha arrojado.

Habiendo dicho lo anterior, debemos acotar que la Ley 906 de 2004 abre ciertos espacios para la excepción de la inmediación, particularmente dos: la prueba de referencia del artículo 438 y la prueba anticipada del artículo 284 de esta legislación.

Como hemos dicho con antelación, el Código de Procedimiento penal permite la excepción a la inmediación en situaciones límite, cuando el sentido, contenido o la prueba misma están en riesgo de desaparecer, o cuando ya ha desaparecido y es necesario acudir a los registros que se pudieron haber dejado antes de este evento.

La propuesta que presentaremos a continuación implica reconocer una tercera excepción al principio probatorio de la inmediación de la prueba, basado en las particularidades que tendría trasladar la prueba del juicio rescindente al juicio rescisorio.

Esta propuesta parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha entendido que no es necesario repetir el juicio oral cuando se cambia al funcionario que venía actuando como juez de conocimiento antes del fallo, esto a pesar de que es claro que quien valorará las pruebas, y emitirá un fallo sobre la responsabilidad del acusado, no intermedió la práctica probatoria.

Inicialmente, la jurisprudencia sostenía que si clausurado el debate probatorio se producía un cambio en el titular del despacho sin que se hubiera emitido el fallo, este hecho tenía la capacidad de afectar gravemente dos de los principios probatorios del proceso penal acusatorio como los de inmediación y concentración.

Al respecto indicaba la Corte:

“Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados

*si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro*¹⁴².

En ese momento, la solución que se presentaba como sistemática cuando existía cambio de funcionario era repetir el juicio oral, con el fin de que el nuevo funcionario, que iba a fallar sobre el asunto, pudiera asistir al debate probatorio de manera presencial: *“Por lo tanto, si por cualquier circunstancia el funcionario que ha adelantado el juzgamiento es cambiado por otro, y es al nuevo a quien compete anunciar el sentido del fallo y proferirlo, ello solo es viable hacerlo con la previa repetición del juicio oral*”¹⁴³.

A pesar de lo anterior, en el año 2012 la Corte dio un giro a su jurisprudencia, afirmando de manera tajante que la aplicación de la inmediación no podía ser absoluta, máxime si al hacerlo el resultado se encaminaba a afectar de manera negativa otros derechos e intereses inmiscuidos en el proceso penal.

“La Sala advierte necesario reexaminar el punto al que llegó en las sentencias de casación del 7 de septiembre de 2011 y del 26 de noviembre de 2011, pues, aunque no se discute que los principios de concentración e inmediación, en cuanto soporte del principio de oralidad, son parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presenció las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación”¹⁴⁴.

¹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2018. M.P. Augusto José Ibáñez. Rad. 27192

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2012. M.P. Gustavo Malo Fernández. Rad. 38512.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

Lo que desarrolla la Corte Suprema es un análisis del contenido normativo del acceso a la administración de justicia en cuanto a la garantía de obtener una respuesta pronta y de la inmediación como principio del proceso penal de la Ley 906 de 2004. La Corte concluye que si bien la inmediación es un elemento esencial de nuestro proceso penal acusatorio (el colombiano) no lo es así de todos los procesos penales, ni hace parte de la esencia del debido proceso.

En contrario, en esta sentencia la Corte argumenta que la posibilidad de una decisión pronta es de la esencia del derecho al acceso a la administración de justicia y, concluye, que si bien es posible que una afectación al principio de inmediación desencadene en la anulación y repetición del juicio, esto solo se debe dar en situaciones extremas, por lo que se trata de un recurso excepcionalísimo.

Al respecto concluye el órgano de cierre: *“El principio de inmediación debe ceder ante otros derechos fundamentales o de más peso y, en consecuencia, la nulidad de la audiencia de juicio oral cuando las pruebas no fueron practicadas ante el funcionario encargado de emitir el fallo o éste, sólo opera como mecanismo excepcionalísimo cuando se advierta que esa circunstancia causó un daño grave”*¹⁴⁵.

A partir de esto, la corte construye una nueva regla, según la cual la repetición del juicio oral solo es posible cuando no se afecten de manera grave intereses o derechos fundamentales y cuando el cambio del funcionario no corresponda a situaciones que sean consideradas ingobernables para la administración de justicia.

Adicional a esta excepción que acabamos de exponer, es prudente mencionar otros dos aspectos en los cuales la prueba es apreciada por el fallador sin que previamente haya sido inmediada por este. En primer lugar, está la segunda instancia, que resuelve sobre el recurso de apelación, incluso en aspectos

¹⁴⁵ Ibid.

probatorios como la valoración de lo practicado en el juicio, sin haber presenciado la práctica de las pruebas.

El segundo son las recientes modificaciones al Código de Procedimiento Penal que se han dado en el marco del fortalecimiento a la persecución de la violencia intrafamiliar y a los miembros de grupos delictivos organizados.

La Ley 1959 de 2019 modificó el numeral 3° del artículo 284 de la Ley 906 de 2004, indicando que la prueba anticipada podía proceder no solo por motivos fundados de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, sino, de manera genérica, en las investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.

Igualmente, esta ley agregó un párrafo 3° a este artículo en el cual se establece que no es necesario repetir la prueba anticipada en los procesos que se lleven a cabo con ocasión de hechos de violencia intrafamiliar, siempre y cuando exista evidencia sumaria de revictimización, riesgo de violencia o manipulación, afectación emocional del testigo o dependencia económica con el agresor.

Esta variación legislativa implica una modulación adicional al principio de inmediación, ya que permite la prueba anticipada en situaciones no excepcionales (riesgo de pérdida de la prueba) sino que lo habilita en todos los procesos de violencia intrafamiliar. Igualmente, la legislación habilita a no repetir el testimonio en el juicio oral, impidiendo su inmediación, por criterios ajenos a la regulación histórica de la prueba anticipada (la efectiva pérdida de la prueba o la consolidada variación de su sentido).

Anteriormente, incluso cuando se había practicado una prueba anticipada, esta debía repetirse siempre y cuando la razón que motivó su práctica no se consolidaba. A partir de esta excepción, motivos como la revictimización o la dependencia económica son suficientes para no repetir la prueba.

La razón de esta nueva legislación reside en que las víctimas de violencia intrafamiliar muchas veces se rehúsan acudir al juicio, impidiendo su ubicación,

cambiando su versión sobre lo sucedido o invocando su garantía de no autoincriminación en contra del acusado, situación que frustra el adelantamiento del proceso penal.

Como se puede observar, aquí el legislador introduce una excepción al principio probatorio de la inmediación cuando es posible que el testigo no comparezca al juicio, cambie su versión en este o se acoja a la garantía de no autoincriminación, que son precisamente las hipótesis que hemos venido describiendo respecto de la persona que rinde el interrogatorio.

Por su parte, la Ley 1908 de 2018 agregó un párrafo 5° al artículo 284, esta adición establece que la prueba anticipada podrá practicarse en todos los casos donde la investigación se adelante en contra de grupos delictivos organizados, caso en el cual el testimonio solo se repetirá a través de videoconferencia y siempre y cuando no se ponga en riesgo a vida del testigo o sus familiares. Incluso, la modificación prescinde de repetir el testimonio cuando no sea posible ubicar al testigo.

En el mismo sentido, esta legislación limita el principio de inmediación, ya que descarta el requisito de repetir la prueba anticipada cuando hacerlo pone en riesgo la vida del testigo o su familia, o cuando este no puede ser ubicado. Adicionalmente, solo permite repetirlo mediante videoconferencia, situación que reduce en gran medida la inmediación, por cuanto el Juez de Conocimiento solo puede apreciar al testigo a través de medios tecnológicos como el video, los cuales están sujetos a limitaciones como la calidad del video, de la cámara, la latencia entre el punto de transmisión y el de llegada, entre otros.

Con todo, cabría preguntarse si existe demasiada diferencia entre inmediar un testimonio a través de una videoconferencia y observar el registro en video de un testimonio practicado al interior de otro proceso por otro juez.

De todo lo anterior podemos concluir que actualmente en el procedimiento penal colombiano existen varias excepciones al principio de inmediación de la prueba,

muchos de los cuales están asociados a la no comparecencia del testigo, al ejercicio de la garantía de no autoincriminación de este, o a la necesidad de proteger otros intereses superiores como derechos fundamentales, situaciones que se asemejan a la falta de comparecencia del tercero que declaró en el juicio rescindente al juicio rescisorio.

6.3.3.3 La ponderación de los derechos en tensión.

Teniendo lo anterior como antecedente, se procede a realizar un test de proporcionalidad para resolver la tensión entre el principio de inmediación y el derecho a la administración de justicia de quien fue condenado injustamente, teniendo como medida propuesta la posibilidad de aceptar como prueba trasladada en el juicio oral (del juicio rescisorio) el testimonio del tercero en el juicio rescindente.

Como objetos normativos encontramos, por un lado, el restablecimiento de un orden justo como posibilidad normativa del derecho a la tutela judicial efectiva o acceso a la administración de justicia, y, por el otro, está el principio probatorio de la inmediación.

La finalidad que se perseguiría sería poder materializar la justicia en el caso concreto, permitiendo al juez de conocimiento apreciar, junto con los demás medios probatorios, la prueba testimonial practicada en el juicio rescindente, ante la negativa de declarar del tercero en el juicio rescisorio.

En términos de idoneidad, consideramos que limitar la inmediación del Juez de Conocimiento buscaría un fin constitucionalmente legítimo, como hacer material una posibilidad normativa del derecho a la tutela judicial efectiva, que como vimos en el anterior ejercicio de ponderación, es un derecho constitucional explícitamente reconocido en el texto de la Constitución.

En igual sentido, la medida propuesta sería eficaz para obtener el fin constitucionalmente legítimo, ya que permitiría al juez de conocimiento valorar una prueba con la entidad suficiente para demostrar que el acusado no era responsable de los hechos de la acusación. En sentido contrario, y teniendo en cuenta el

desarrollo del juicio de instancias, donde el accionante resultó condenado en firme, la ausencia de la medida implicaría que no se tendría cómo apreciar la prueba nueva, y lo más probable es que se volvería a emitir un fallo condenatorio en el juicio rescisorio.

En este sentido, entendemos que la medida se cumple con el subprincipio de idoneidad, al perseguir de manera eficaz un fin constitucionalmente legítimo.

En términos del subprincipio de necesidad, debemos determinar la existencia de medidas alternativas, encontrando que la única medida posible sería dotar de calidad de prueba al interrogatorio del indiciado (lo anterior porque, como ya estudiamos, obligar a quien rindió al interrogatorio a declarar sería desproporcionado).

Sin embargo, esta medida, permitir la apreciación del interrogatorio como prueba, no tendría la misma eficacia que trasladar el testimonio rendido en el juicio rescindente y no solo resultaría más lesivo de la inmediación, sino que también comprometería otros principios probatorios.

En primer lugar, el interrogatorio no tendría la misma eficacia, tengamos en cuenta que el mismo está contenido en un escrito y proviene de un proceso en el cual es posible que no se haya ahondado sobre la responsabilidad penal del acusado en el juicio rescisorio. Esto implica que el Juez de Conocimiento, respecto del interrogatorio, no podría valorar el comportamiento del testigo y su personalidad, como lo indica el artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

Por el contrario, trasladar la prueba del juicio rescindente permitiría observar el comportamiento del testigo y escuchar sus respuestas, que, sin ser ideal, haría posible apreciar los elementos descritos, pudiendo generar mayor credibilidad al juez de conocimiento y generando una mayor probabilidad de que se llegue a emitir una sentencia justa.

Por otro lado, la apreciación de una declaración escrita en comparación con un registro audiovisual aleja más al juez de la inmediación pretendida por la Ley 906

de 2004 en la que, como hemos visto, se llega a permitir la teleconferencia (que es, en últimas, un video en vivo) o el registro de un testimonio como prueba anticipada, pero jamás la apreciación de una versión rendida por escrito antes del juicio como prueba.

Finalmente, en términos de necesidad, apreciar el interrogatorio implicaría impedir la contradicción de la prueba, ya que en este no se presentaron preguntas por las partes del juicio rescisorio, afectando de manera adicional otros principios probatorios.

Por esto consideramos que la medida es necesaria, porque a pesar de que existe una alternativa esta resulta menos eficaz, más restrictiva de la inmediación y, aparte, compromete otros principios probatorios de la Ley 906 de 2004.

En lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, debemos en primer lugar determinar el peso abstracto de cada uno de los objetos normativos que se encuentran en los extremos del ejercicio de ponderación.

En el caso del objeto afectado de manera positiva, se trata de un aspecto normativo de un derecho fundamental, ocupando la más alta jerarquía de la ponderación constitucional. Por otro lado, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, la inmediación no es un derecho fundamental, ni hace parte de los aspectos normativos esenciales del derecho al debido proceso:

“En primer lugar, es necesario precisar que el principio de inmediación como tal, cuyas características ampliamente se han referenciado en precedencia, hace parte total, no de un debido proceso en general, esto es, de los requisitos mínimos que debe contener cualquier procedimiento penal, acorde con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, sino del procedimiento instituido por el legislador en la Ley 906 de 2004, con soporte constitucional en el artículo 250 de la Carta.

Esto es, que perfectamente un determinado procedimiento que se adopte en Colombia para adelantar la investigación y juzgamiento penal, puede excluir

el principio de inmediación, sin que por ello se pueda entender vulnerado el artículo 29 de la Carta, aunque, desde luego, dado que en el numeral 4° del artículo 250 de la misma se obliga a que el juicio se adelante, cuando se trata de sistema acusatorio, dentro de los presupuestos torales de la inmediación, sí es posible afirmar que en los casos en los cuales se elimina absolutamente el principio en cuestión puede verificarse vulneración constitucional¹⁴⁶.

A lo sumo, lo que podríamos decir es que la inmediación hace parte de los principios que informan necesariamente un proceso penal con corte acusatorio, lo cual tiene fundamento en el artículo 250 de la Constitución Nacional, pero no como derecho fundamental, sino como un principio constitucional de importancia que resulta de una especial relevancia en un sistema acusatorio.

De hecho, se trata de un principio constitucional que no estaba presente de una manera tan central con anterioridad al sistema acusatorio, cuya implementación motivó un acto legislativo que agregó la inmediación al artículo 250, ya que como expusimos, la Ley 600 de 2000 prescinde en gran parte de la inmediación en favor de la permanencia de la prueba.

Aquí también merece la pena acotar que en los contenidos mínimos de debido proceso que se encuentran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no figura la inmediación¹⁴⁷, lo que reafirma su condición de principio con conexión tangencial más no esencial con el debido proceso.

Por estas consideraciones, determinamos que el peso abstracto del objeto normativo afectado positivamente es alto, mientras que el peso abstracto del objeto normativo afectado de manera negativa es medio.

En cuanto a la intensidad de la afectación que recibe cada uno de los objetos jurídicos con la medida analizada, iniciaremos con el principio de inmediación, como objeto afectado negativamente.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Rad. 38512.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

La posición inicial de la inmediación es la de un principio al que le caben una serie de excepciones que permiten apreciar pruebas inmediadas por otros jueces (prueba anticipada), o pruebas no inmediadas por jueces (declaraciones antes del juicio transformadas en prueba de referencia) Así que, si bien se vería afectado, lo sería de una manera análoga al modo como lo permite afectar actualmente el ordenamiento jurídico.

En este punto hay que resaltar que la apreciación de la prueba practicada en el juicio rescindente como prueba trasladada al rescisorio, implica una serie de circunstancias particulares que reducen la intensidad de la afectación negativa, ya que no es una situación que pueda equipararse a cualquier prueba trasladada al proceso penal.

Esta prueba trasladada implica: (i) la proveniencia de un proceso que comparte en gran medida los principios probatorios del proceso penal, según lo vimos en los capítulos anteriores; (ii) la inmediación por parte de un Juez, siendo este en la mayoría de ocasiones la Corte Suprema de Justicia, que otorga mayores garantías en la apreciación al tratarse del órgano de cierre en lo penal; (iii) la presencia de exactamente las mismas partes del juicio rescindente en el rescisorio; (iv) la contradicción de la prueba por parte de estas partes; (v) la práctica de la prueba testimonial teniendo como referencia la acusación fáctica y jurídica de la Fiscalía; (vi) la práctica de la prueba teniendo como objeto determinar la inocencia o responsabilidad del acusado en el juicio rescisorio.

En definitiva, lo que se tiene es una prueba que presenta una similitud en forma, objeto y finalidad con la que se practicaría en el juicio rescisorio, que aparte resulta inmediada por el superior del juez de conocimiento, por lo que se tiene una garantía de seriedad y una presunción de acierto en este ejercicio.

Por esto, la afectación que se presentaría para la inmediación sería leve, e incluso menor a la que se sucede con otras excepciones como la prueba de referencia, en

donde esta es inmediada por un funcionario que no es un juez imparcial (como lo es un miembro de la Policía Judicial) o por una de las partes (fiscalía o defensa).

En cuanto a la intensidad de la afectación positiva sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, reiteramos lo dicho en el anterior ejercicio, el restablecimiento del orden jurídico justo resulta ser solo una de las facetas del derecho al acceso a la administración de justicia, que resulta necesario, pero no suficiente, por lo que la medida no tendría la posibilidad de materializar muchas de las posibilidades normativas del derecho que simplemente quedarían por fuera del alcance de la medida.

Ante esto, estimamos la intensidad de la afectación positiva como media.

Sobre las consideraciones empíricas sobre la medida, debemos indicar que la afectación sobre la inmediatez es cierta, es decir, al admitir esta prueba trasladada la inmediatez se verá afectada indiscutiblemente, en los términos anteriormente descritos.

Si bien debemos acotar que el alcance de la medida es bastante limitado, y solo se permitiría trasladar la prueba del juicio rescindente cuando el tercero que declaró en este invoca su garantía de no auto incriminación en el juicio rescisorio, la afectación sigue siendo cierta porque no se vislumbra escenario en el cual por medio de este procedimiento no se negaría la posibilidad del juez de conocimiento del juicio rescisorio de presenciar el surgimiento de la prueba en el juicio.

Por su parte, los aspectos empíricos de la medida en torno al derecho al acceso a la administración de justicia serían posibles, esto por cuanto si bien este mismo testimonio tuvo la suficiente entidad como para dar por probada la causal 3° de la revisión, esto no quiere decir que su apreciación en conjunto con las demás pruebas del juicio rescisorio dará como resultado la absolución del condenado injustamente.

En este sentido, la apreciación del testimonio del juicio rescindente pone la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia en un grado de posibilidad, a lo sumo de probabilidad, más no de certeza, ya que como hemos

indicado en los anteriores capítulos de este trabajo, es posible que el resultado del juicio rescisorio vaya en contra de lo encontrado por el juicio rescindente.

Numéricamente la ponderación se forma de la siguiente manera, la intermediación tiene un peso abstracto medio, que corresponde a un 2 (2^1), su afectación es leve, lo que implica un 1 (2^0) y los aspectos empíricos son ciertos, es decir 1 (2^0).

Por su parte, la tutela judicial efectiva tiene un peso abstracto alto que es un 4 (2^2), una afectación media, es decir, 2 (2^1), y unas consideraciones empíricas plausibles, que quieren decir un 0.5 (2^{-1}).

De conformidad con lo anterior, la fórmula de esta ponderación sería la siguiente:

$$\frac{1 * 2 * 1}{2 * 4 * 0.5} \leq \frac{2 * 4 * 0.5}{1 * 2 * 1}$$

Que al resolverse quedaría de la siguiente forma:

$$\frac{2}{4} \leq \frac{4}{2}$$

$$0.5 \leq 2$$

Como puede observarse, la ecuación resulta siendo cierta, lo que nos arroja que la medida propuesta sería razonable, proporcional y constitucional, permitiendo afirmar que en el caso concreto debe prevalecer el derecho del condenado injustamente por sobre el principio probatorio y procesal de la intermediación.

6.3.3.4 Consecuencias jurídicas de la postura.

Esto nos permitiría superar el problema de la intermediación que presentaba la solución que hemos propuesto para el problema, quedando esta de la siguiente forma:

El testimonio del tercero en el juicio rescindente puede ser trasladado al juicio rescisorio si esta persona se rehúsa a declarar, bien sea porque no comparece,

comparece y hace uso de su garantía de no autoincriminación o comparece y guarda silencio.

Para realizar esto, la defensa deberá descubrir como prueba trasladada el testimonio rendido en el juicio rescindente, y advertir al juez del juicio rescisorio que hará uso de este como prueba trasladada en caso de que el declarante no renuncie a su garantía de no autoincriminación.

Ya en el juicio, y habiéndose decretado la prueba en audiencia preparatoria, el juez determinará dependiendo de lo ocurrido si da cabida a la prueba trasladada o si esta no resulta necesaria por la comparecencia y voluntad de declarar de quien rindió el interrogatorio.

Esta solución protegería la posibilidad de contradicción de la fiscalía, ya que, según el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal, al procedimiento de revisión concurren no solo el demandante y su abogado, sino todos los no demandantes que hayan sido reconocidos como partes o intervinientes en el proceso objeto de revisión.

Así las cosas, estos no demandantes (que para el caso que nos ocupa podrían ser la víctima, el ministerio público y la fiscalía) tendrían la posibilidad de solicitar pruebas, participar en su práctica y alegar de conclusión, con lo que la prueba testimonial del tercero que rindió el interrogatorio sería, en principio, contradicha por la parte en contra de quien se alega en el juicio rescisorio (la fiscalía), y estaría cumplido este segundo requisito también.

Pero ¿qué ocurre si en el proceso de revisión la fiscalía, a pesar de ser citada, no comparece, y en consecuencia no controvertió el testimonio de quien rindió el interrogatorio?, en este caso no estaría satisfecha la segunda condición de contradicción hasta tanto la persona comparezca al juicio rescisorio, lo cual, a partir de la premisa planteada, no sería posible.

Aquí subsiste todavía una solución, ubicada en el artículo 222 del Código General del Proceso, en donde se establece la figura de la ratificación del testigo. Cuando

en el proceso se trata de hacer valer una declaración tomada fuera de juicio pero que fue practicada dentro de otro proceso o de manera anticipada, y en esta práctica no participó una de las partes, esta puede solicitar la ratificación del testigo, lo que implica repetir el interrogatorio.

“Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”

No obstante, las partes pueden de común acuerdo prescindir de la ratificación, y en este orden de ideas solicitar al juez que se admita y valore el testimonio sin necesidad de repetir el interrogatorio sino remitiéndose a lo dicho por el testigo en la prueba que se traslada.

Al respecto nos dice la jurisprudencia:

“En síntesis, para la Sala es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando

*la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso.*¹⁴⁸

Este sería un escenario mediante el cual la declaración de quien rindió el interrogatorio realizada en el juicio rescindente podría introducirse al juicio rescisorio, aun cuando la fiscalía no controvertió la prueba en el juicio rescindente, y el declarante se rehúsa a renunciar a su garantía de no autoincriminación en el juicio rescisorio.

Esto, desde luego, requeriría de la voluntad expresa de la fiscalía, quien en principio no tendría por qué renunciar a su derecho de contradicción y permitir la introducción de una prueba nociva para su teoría del caso y su acusación.

Al respecto también cabe preguntarse si puede la fiscalía, como ocurre en el proceso civil, renunciar a esta ratificación, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso penal. Como hemos visto, la nueva estructura el juzgamiento penal implica un procedimiento de partes, donde cada una tiene la posibilidad de elegir la estrategia, pruebas, teoría del caso y demás aspectos que pretende llevar a juicio.

En este sentido la Fiscalía puede decidir prescindir de pruebas u oportunidades de controvertirlas, situación que en nada afectaría su rol procesal, ya que en estricto sentido se puede comportar de la misma manera que lo hace la defensa, eligiendo caminos que incluso pueden ser nocivos para su pretensión acusatoria.

En estos términos dejaríamos planteada nuestra solución procesal al problema del ejercicio de la garantía de la no autoincriminación por parte de quien rindió un interrogatorio que fundamenta el ejercicio de la acción de revisión.

¹⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. M.P. Stella Conto Díaz. Rad. 27984.

7. CONCLUSIONES

- La acción de revisión y la acción penal son independientes, y la primera de estas pretende juzgar si una decisión penal en firme contiene un elemento que la convierte en injusta para de manera posterior tomar aquellas medidas necesarias para alcanzar la justicia material en el caso.
- La acción de revisión y el correspondiente proceso que sirve para adelantarla son autónomos, por lo que no puede servirse de los mismos principios que el proceso penal, sino que debe acudir a aquellos que sean compatibles con su objetivo y procedimiento.
- La prueba nueva es una de las causales que históricamente se han reconocido como fundamentos para ejercer la revisión, y su formulación no ha cambiado demasiado a lo largo de los años, por cuanto siempre ha tendido a que se trate de una prueba no conocida al tiempo de los debates que permita la demostración de la inocencia o inimputabilidad del condenado.
- El hecho de que la formulación de la causal tercera de revisión no haya cambiado en los últimos 3 Códigos de Procedimiento penal genera dificultades a la hora de su aplicación, por cuando fue creada bajo una lógica procesal inquisitiva y debe ser aplicada en un procedimiento acusatorio.
- La jurisprudencia ha concluido que como prueba en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 solo es la practicada en el juicio, la prueba de la causal tercera debe ser entendida en un sentido laxo, por lo que comprende todos los medios cognoscitivos que puedan recopilarse en un proceso penal.
- Dentro de los medios cognoscitivos que pueden motivar el ejercicio de la acción de revisión se encuentra el interrogatorio de un tercero que reconozca la responsabilidad sobre el hecho por el cual el accionante fue condenado.

- Para que una prueba nueva tenga esta entidad debe ser: (i) novedosa; (ii) trascendente; y (iii) no haber sido aportada al juicio de instancias sin culpa o negligencia de quien la lleva a la revisión.
- Si bien para la Corte Suprema de Justicia los principios probatorios de la acción de revisión deben ser los mismos que designa la Ley 906 de 2004 para el proceso penal, teniendo en cuenta que se trata de procedimientos con etapas, lógicas y finalidades diferentes, los principios probatorios de la acción de revisión deben ser propios, e incluso cuando tiene aplicación algunos de los que existen para el proceso penal, estos deben ser interpretados conforme al debido proceso de la revisión, más no del proceso penal.
- El principio de inmediación tiene aplicabilidad en el procedimiento de revisión, por cuanto tiende a permitirle al juez de la revisión valorar de mejor manera las pruebas presentadas por las partes, en especial la prueba nueva a la que se refiere la causal 3ra de revisión.
- La garantía de no autoincriminación tiene aplicación en el procedimiento de revisión, por lo que las personas que son llamadas a declarar en el juicio rescindente tienen el derecho de no hacerlo o guardar silencio.
- El interrogatorio de un tercero no es un elemento material probatorio, ni tiene vocación probatoria, por lo que, para demostrar la causal tercera de revisión, se requiere que el tercero acuda al juicio rescindente y de su versión sobre los hechos.
- El interrogatorio, respecto de aquellos puntos que comprometan la responsabilidad penal del declarante, no puede transformarse en prueba de

referencia como ocurre con la entrevista, ya que esto iría en contra de la garantía de no autoincriminación del tercero.

- Levantar la garantía de no autoincriminación de los terceros en el marco del juicio rescindente, cuando la declaración de estos sea fundamental para dar por probada la causal tercera es una medida idónea, necesaria pero no es proporcional en sentido estricto.
- Dotar de la calidad de prueba al interrogatorio de un tercero (mediante la prueba trasladada o prueba de referencia) iría en contra de los principios probatorios de la revisión, y no sería una opción idónea para probar la causal tercera en el marco del juicio rescindente.
- Si el tercero cuya versión puede probar la causal tercera de revisión ejercer su garantía de no autoincriminación en el juicio rescindente el juez de la revisión debe declarar no probada la causal.
- Según la Corte Suprema de Justicia, la prueba trasladada no es admisible en el proceso penal colombiano, por cuanto afecta los principios probatorios de contradicción e intermediación de la prueba.
- No obstante, la naturaleza de la prueba trasladada permite y requiere su contradicción, y su afectación a la intermediación no es mayor a muchas de las excepciones legales y jurisprudenciales a este principio que ya se contemplan en el derecho procedimental penal colombiano.
- Permitir que la declaración de un tercero en el juicio rescindente se traslade al juicio rescisorio bajo la figura de la prueba trasladada, cuando este tercero decide ejercer su garantía de no autoincriminación en el segundo, es una medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

8. BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4ta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Colombia. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Nacional de 1991.

Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1959. (20 de junio de 2019). Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar. Bogotá D.C., 2019.

Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 599. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal.

Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 600. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1908. (9 de julio de 2018). Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., 2018.

Colombia. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906. (31 de agosto de 2004) Por la cual se expide Código de Procedimiento Penal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. M.P. Stella Conto Díaz. Rad. 27984.

Corte Constitucional. Sentencia C-003 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia C115 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-342 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-641 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-648 del 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-799 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T-442 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 27 de noviembre de 2003 –fondo, reparaciones y costas- dictada en el caso Maritza Urrutia vs. Guatemala.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de octubre de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa. Rad. 11001020300020190336500.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 9 de septiembre de 2015. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 45192.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 15 de octubre de 2008. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Rad. No. 29626.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 26 de septiembre de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 53619.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 30 de mayo de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. No. 50213.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 31 de julio de 2019. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero. Rad. 54206.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 24 de junio de 2009. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Rad. 30870.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de julio de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad. 46278.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de julio de 2010. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Rad. 31506.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Rad. 50492.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2019. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 52249.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de marzo de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Rad. 49184.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de noviembre de 2006. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 25738.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 28 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 51705.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49564.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2018. M.P. Augusto José Ibáñez. Rad. 27192.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2012. M. P. Gustavo Malo Fernández. Rad. 38512.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de marzo de 2016. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Rad. 47648.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de mayo de 2012. M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rad. 36151.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de junio de 2019. M.P. Julio Andrés Sampedro Arrubla. Rad. 53696.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de mayo de 2019. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Rad. 53632.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de noviembre de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 50922.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2018. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 52605.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de abril del 1997. M.P. Fernando Arboleda Ripoll Rad. 11886.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de agosto de 1983. M.P. Darío Velásquez Gaviria. Rad. 406330.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de octubre de 2017. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 49517.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49921.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de agosto de 2019. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Rad. 52001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de octubre de 2019. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Rad. 49222.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de junio de 2010. M.P. José Leónidas Bustos Martínez Rad. 34171.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de julio de 2015. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Rad. 42088.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de septiembre de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 23251.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de junio de 2019. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Rad. 48288.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 abril de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 29416.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Rad. 49038.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de junio de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Rad. 47122.

Espitia Garzón, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio. Séptima edición. Bogotá: Legis, 2010.

Juárez, Mariano Gabriel. La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. El caso de la tortura y el juicio de ponderación. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano; Bogotá, 2012.

Pérez López, Jorge. El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva [En línea] (extraído de: dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/2789251.pdf el 02/12/2019).

Ríos Patios, Gino Augusto. ¿Tiene el imputado el derecho a mentir?. El derecho a la verdad y el deber de declararla. En: Revista CES Derecho, Vol. 10, Núm 2, 2019.

Urbano Martínez, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011.