

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *Nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, ediciones jurídicas Andrés Morales, 2008, 70 páginas.

De revolución probatoria califica Urbano la transformación agenciada en la ley 906 de 2004 C.P.P., pues “de un sistema en el que el juez podía apoyar la sentencia en la prueba practicada antes del juzgamiento, se ha pasado a un modelo en el que el juez únicamente puede dictar la sentencia con base en las pruebas practicadas en el juicio” (p. XIII). Al análisis de las transformaciones concretas que implica este ejercicio probatorio se dedica la obra que ahora se reseña, no sin antes advertir el autor sobre la necesidad de superar los esquemas mentales propios del anterior régimen procesal, los que imponen la instrumentalización del ordenamiento jurídico en aras de las finalidades inquisitivas en la averiguación de la verdad y el tratamiento del procesado. A continuación se presentarán algunas de las instituciones que trae Urbano como características de dicha “revolución probatoria”, para discutir nosotros si dicha revolución genera realmente un cambio en las prácticas procesales del

país, o se trata simplemente de un giro de 360 grados que nos vuelve a colocar al frente de la cultura de la excepción y de las prácticas simbólicas que han caracterizado los sistemas penales en el país.

Según el autor, la cultura inquisitiva definitiva del proceso penal colombiano ha tenido una lenta transformación, pasando de un proceso caracterizado por la concentración de las funciones básicas procesales-penales en cabeza de un mismo funcionario judicial, siendo éste el encargado de las indagaciones preliminares, la instrucción o sumario, la calificación del mérito de la investigación, el trámite del juicio y la emisión de la sentencia que ponía fin al proceso, a un proceso caracterizado por la diferenciación de las funciones de acusación, defensa y juzgamiento inherentes al “moderno proceso penal”.

Con la creación de la Fiscalía General de la Nación en la Constitución de 1991, y la instauración con ello del

principio acusatorio, por lo menos en términos formales, se avanzó en el intento de diferenciar las funciones de los participantes en el proceso penal, aunque al mismo tiempo, para poner una importante contradicción político-cultural, se le entregaron funciones judiciales, estrechamente vinculadas a problemas de libertad y de derechos, lo que evidentemente significó la relegitimación de la cultura inquisitiva. De esta manera, la Fiscalía quedó con funciones relativas a la posibilidad de restringir derechos fundamentales de los procesados, emitir decisiones con valor de cosa juzgada, y realizar un trabajo preinvestigativo e investigativo que vinculaba a los jueces y tribunales, lo que explicaría que “la práctica probatoria haya sido casi inexistente y que los jueces y tribunales se hayan limitado a tramitar un juicio formal al final del cual se emitía una sentencia que tenía como soporte la prueba practicada antes del juicio” (p. 7), consecuencia todo ello de lo que se llamó “Principio de permanencia de la prueba”, en virtud del cual la prueba producida por la Fiscalía durante la instrucción podía servir para fundamentar la sentencia, sin que se exigiese como condición de su validez la repetición en el juicio y de cara al juez. Quizá por ello resultaba muy extraño que en un proceso hubiese pruebas producidas durante la etapa de la causa.

En este sentido, al proyecto de transformación probatoria introducido

en el nuevo sistema procesal penal, se le habría asignado como objetivo la superación de viejos esquemas inquisitivos que, como el mencionado principio de permanencia de la prueba, se oponen a un ejercicio público, oral, con intermediación, concentración y contradicción de la prueba, principios derivados de las exigencias que en materia probatoria impone el “valor normativo de la constitución”. En ese orden de ideas dice el autor que “si bien la carta política habla hoy de los principios probatorios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración, ellos no tienen nada que ver con otras instituciones del mismo nombre, de naturaleza legal y compatibles con el principio de permanencia de la prueba, de que da fe la historia del proceso penal colombiano” (p. 10), y para que no queden dudas, según el autor, de la necesidad de cambiar los esquemas mentales junto con los esquemas procesales y probatorios, agrega que “muchas de las dificultades que se advierten en el proceso penal de hoy, se explican como consecuencia de la pretensión de explicitar el alcance de esa norma constitucional a partir de premisas hermenéuticas incompatibles con su nuevo contenido y sintonizadas con la visión estrictamente formal que hasta ahora se ha tenido de esos principios” (p. 11).

De ahí que, según el profesor Urbano, una de las principales finalidades de la obra sea aportar a una

determinada lectura que desde los *estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional*¹ y desde *los fundamentos constitucionales del sistema procesal* -y la consiguiente construcción y desarrollo de instituciones procesales compatibles con el mismo²-, permita destacar una nueva estructura constitucional de investigación y juzgamiento, de la que hacen parte instituciones como la regla de exclusión de la prueba ilícita, los deberes de aseguramiento y descubrimiento que le asisten a la Fiscalía en materia probatoria y los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración, instituciones de cuyo desarrollo se ocupa Urbano en la caracterización de la *nueva estructura probatoria del proceso*.

El autor hace una referencia a la finalidad de las pruebas penales y a los fines del proceso penal, entre los que destaca la posibilidad de alcanzar una verdad que armonice la necesidad de fundamentación fáctica planteada a la jurisdicción con el imperativo de

respetar unos límites operacionales, temporales y normativos ineludibles (p. 30). También se ocupa de realizar un análisis de los nuevos fundamentos de las pruebas penales, los cuales imponen exigencias a dos niveles. La primera, de carácter sustancial, propugna por el respeto y materialización de los derechos fundamentales del procesado. La segunda, de carácter metodológico, se refiere a los deberes impuestos por el constituyente a la Fiscalía en materia probatoria y a los principios probatorios del juicio. A partir de estas exigencias se concluye que el fundamento legítimo de la decisión a tomar por el juzgador “únicamente puede estar determinado por la prueba practicada en el juicio” (p. 36).

Dentro de esta caracterización, Urbano Martínez se ocupa de lo que él denomina “particularidades” de la nueva estructura probatoria del proceso penal, las que constituirían verdaderas excepciones al principio acusatorio de la nueva estructura probatoria.

Una de estas *particularidades* sería la denominada *prueba de referencia*. Respecto a la práctica de esta clase de prueba, concluye Urbano que “[...] constituye un supuesto de manifiesto desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales y por lo mismo resulta inadmisibles” (p. 54), y agrega que “[...] Es discutible que los elementos materiales probatorios recaudados antes del juicio puedan contribuir a la convicción del juzgador, pues con ello se está rodeando de

¹ “La estructura acusatoria del proceso penal de hoy, es un imperativo de civilidad impuesto por la comunidad internacional a los distintos Estados” (p. 17)

² “Comprender que la Constitución es un sistema normativo, permite advertir que las normas superiores referidas al proceso penal y a las pruebas penales tienen un alcance que trasciende su tenor literal y que él se determina a partir del lugar que ocupan en un sistema armónico de valores, principios, derechos y deberes y de la capacidad configuradora que estos tienen sobre aquél” (p. 20.)

la calidad de prueba a actuaciones cumplidas fuera del juicio y, como es obvio, sin cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 250.4” (p. 55).

Significa ello que en el nuevo sistema procesal penal colombiano es posible la *prueba de referencia*, y que así, por vía excepcional, se conserva una de las instituciones que desarrollan el *principio de permanencia de la prueba*. De ello, y de las contradicciones que implica, se ha dado cuenta el profesor Urbano, aunque no haya desarrollado suficientemente la crítica que ello merecería, lo que habría sido muy importante, habida cuenta su condición de jurista acatado, para evitar la consolidación de tan contradictoria situación en el derecho nacional.

Esa crítica debió hacerse, muy especialmente, a la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, expresada en la sentencia que recoge Urbano³, en la cual se legitima la llamada *prueba de referencia*, con argumentos de eficacia, en detrimento de las razones que en términos de legalidad constitucional definirían el asunto mismo de la validez. Con una gravedad especial, y es que la doctrina en cuestión, a la manera de

un muy elemental fraude de etiquetas, ha pretendido que el problema que allí se implica no es un tema de legalidad, sino de credibilidad, es decir, no de exclusión, sino de discusión “racional y crítica” sobre algo, sea de ello lo que fuere, verdaderamente sospechoso.

Ahora bien, a pesar de que Urbano, tan comprometido en la tarea de promover una nueva mentalidad procesal en clave de las exigencias del Estado de derecho –al parecer entre nosotros sintetizado modernamente en la Constitución de 1991 y en los Tratados internacionales⁴, manifiesta inicialmente su rechazo a la tesis de la Sala de Casación Penal, de modo sorprendente declina su crítica inicial, para entrar en un juego de contemplaciones con dicha doctrina. Así lo hace, a pesar de los problemas de coherencia que ello implica⁵, para proponer una fórmula, a través de la cual se llega a la admisión de la prueba de referencia: *podrá ser utilizada, siempre que la misma no desnaturalice la estructura del proceso*.

³ Cfr. Sentencia de 30 de marzo de 2006, radicado 24.468, MP Edgar Lombana Trujillo: “Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad”). También, casación de 21 de febrero de 2007, Sala Penal, Radicado 25.920, MP. Javier Zapata Ortiz, cursiva fuera del texto.

⁴ Lo que desde una lectura *no torcida* de los artículos 93 y 94 de la Carta haría a la mejor definición de lo que se ha llamado *el bloque de constitucionalidad*.

⁵ En el nivel de la coherencia, “las reglas (identificadas y sistematizadas) son evaluadas y comparadas con aquellos principios jurídicos que rigen en el sistema normativo involucrado, sean principios implícitos o explícitos (...). En los sistemas jurídicos constitucionales el rol evaluativo de la coherencia es de singular importancia toda vez que, al presuponerse la jerarquía de los principios constitucionales, se exige que las normas inferiores sean coherentes con relación a tales principios”, Alonso, Juan Pablo. Interpretación de las normas y derecho penal, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 155

Una segunda particularidad que destaca Urbano del régimen positivo contenido de la estructura probatoria del proceso penal acusatorio, se presenta a propósito de la sentencia C-782 de 2005, en la cual la Corte Constitucional se ocupa de la relevancia constitucional del artículo 364 que regula la participación del acusado o coacusado como testigo en la audiencia de juicio oral. Frente a la impugnación del demandante que considera que la exigencia de prestar juramento al acusado o coacusado cuando éste actúa como testigo implica una violación a la prohibición de autoincriminación, la Corte desestimó la misma, en el entendido de que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Y que, ni del silencio, ni de la negativa a responder, podría derivarse ninguna consecuencia penal adversa al declarante.

A las consideraciones realizadas por la Corte y retomadas por el autor, cabe hacer tres observaciones críticas.

En primer lugar, la lectura que hace del problema el profesor Urbano podría entenderse a la manera de la moda en las discusiones procesales penales: que si un asunto es así o no, dependería de la propia naturaleza de una determinada metodología procesal penal. Y ello no

parece correcto en la discusión sobre derechos y garantías, caso éste donde impera la Constitución, y si se quiere el bloque de constitucionalidad, muy a pesar de lo que pretendidamente se derivara de la vigencia de una particular metodología procesal penal. Resueltamente, en dicha materia ese tema es de la pura competencia constitucional y el modelo procesal penal –cualquiera que fuese– no podría aspirar a su validez y a su legitimidad sino sobre ese reconocimiento.

Y es por ello quizá, que Urbano no repara en la gravedad del pronunciamiento de constitucionalidad –condicionada– del art. 394. En la sentencia C 782 de 2005, se diseña un procedimiento de incorporación de la declaración del acusado al juicio, bajo la gravedad del juramento, que en sí mismo traduce un atentado formidable a los principios de presunción de inocencia y de prohibición de autoincriminación o de incoercibilidad. Lo que no es menos, porque la Corte haya dicho que si se trata de una declaración a los efectos de su propia situación procesal, del juramento no se podría pasar a una consecuencia penalmente adversa, lo que sí sucederá en los casos en que se declare en contra de terceros.

Nos parece que tan ligera ha sido la glosa del profesor Urbano a la doctrina de la Corte, como el juicio de nuestro máximo tribunal de constitucionalidad: ¿por qué mantener la vigencia del juramento (está bien que sin consecuencias punitivas), pero

sí con altas cargas coercitivas, en vez de mostrar su impertinencia constitucional, justamente como una importante condición para la vigencia de los principios de presunción de inocencia y de prohibición de autoincriminación –que era a lo que iba la sustancia de la pretensión del demandante de inconstitucionalidad-?. ¿Por qué no decir lo que debía traducir una vocación verdaderamente democrática –verdaderamente acusatoria, si en términos políticos lo acusatorio se confundiría con un tendencial compromiso con el discurso de los derechos y de las libertades-, que el art. 394 de la ley 906 merecía permanecer en el ordenamiento jurídico, porque el juramento que en dicha norma se menciona no resulta concebible sino para aquellos eventos en que el acusado declara en contra de terceros?

En tercer lugar, finalmente y sobre ese mismo asunto, resulta sorprendente que el profesor Urbano no lleve hasta sus últimas consecuencias la idea de que sobre el lomo de los principios de presunción de inocencia y de prohibición de autoincriminación resulta acusatoriamente insoportable que la Fiscalía General de la Nación pueda llamar como “prueba directa de cargo” al acusado en la búsqueda de su testimonio. Decimos que, en vez de defender drásticamente esa línea de principios, entra en una cierta condescendencia con actitudes que la relativizarían, por ejemplo, con la manifestada en la doctrina de la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual “la Fiscalía sí se encuentra legitimada para solicitar, como prueba directa de cargo, el testimonio del acusado”. La descomposición de cualquier aspiración igualitaria –si se nos permite pensarlo de cara a las estructuras procesales penales, inmanentes y fisiológicamente desiguales- resulta evidente con semejante suposición. Y es muy grave que así no lo considere el profesor Urbano, quien podría más bien contemplar la posibilidad de su legitimidad, sobre un presupuesto políticamente bastante extraño, que el acusado siempre estará en su derecho de guardar silencio frente al interrogatorio directo de la fiscalía. Si se quería apostar por la vigencia de todo lo que de bueno hay en los principios de inocencia y de prohibición de autoincriminación, entonces la condición estaba en prohibir tajantemente que la fiscalía siquiera ensayara la citación del acusado.

Para terminar, destaca el autor la “necesidad de contextualizar la jurisprudencia constitucional y penal”. Si una adecuada aproximación al sistema procesal vigente requiere el conocimiento de las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, entonces la importancia que Urbano Martínez le atribuye a una “recepción que se enmarque en el contexto impuesto por estándares normativos internacionales vigentes en materia procesal penal,

en los niveles de fundamentación constitucional del proceso penal y en las líneas jurisprudenciales que recogen la doctrina de las Altas Corporaciones de Justicia” (p. 60) parecería indiscutible, siempre al precio, y en ello no repararía suficientemente el autor, de que el ejercicio hermenéutico no renuncie a la superación crítica de las contradicciones –muy comúnmente, con marcados problemas de constitucionalidad– que se presenten al interior de cada una de esas corporaciones y entre ellas mismas.

Por todo lo anterior, se hacen necesarias dos consideraciones finales. La primera va dirigida a relativizar la excesiva confianza que se le asigna a los instrumentos internacionales, como coordinadas definitorias de los discursos y de las prácticas procesal-penales. Es indudable que un régimen procesal penal nacional está vinculado al respeto de los valores que en materia de derechos humanos ha creado la comunidad internacional, pero también es cierto que muchos de ellos se imponen a contextos donde la mentalidad sigue siendo abiertamente inquisitiva y frustradora de derechos y garantías individuales, por lo que cabe preguntarse qué posibilidades de cambio ofrece un texto (como la normativa internacional) sin contexto (debido a la ausencia de la construcción de nuestros legisladores e intervinientes procesales de una cultura de respeto a los derechos individuales).

Y la segunda, que si bien es cierto habría razones para admitir

que la nueva estructura probatoria iría dirigida a la construcción de un proceso penal marcado por los derechos como límite a las actuaciones de poder, y a la consolidación de un juicio oral, público, con inmediación, contradicción y concentración acorde con un “sistema procesal de tendencia acusatoria propio de un régimen democrático” (p. 16), también las hay, y desgraciadamente muchísimas, para entender la potencialidad, que late tras la sistemática procesal penal de la ley 906 de 2004, de construir sentencias condenatorias con bajos niveles epistemológicos en materia de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción.

Es precisamente este aspecto, la posibilidad de construir sentencias condenatorias sin garantizar el derecho de defensa y las demás garantías presentadas como innovadoras en la recensión del nuevo sistema procesal penal, del cual el profesor Urbano no parece percatarse, el que perfila una doble vía de incriminación procesal, dispuesta a juzgar con dos lógicas a los sujetos objeto de la persecución penal. Por un lado y afiliada a los más preclaros desarrollos del ideario liberal, con el cumplimiento pleno de las garantías procesal-penales, y cuyo escenario es el juicio oral, encontramos la lógica del “proceso penal con tendencia acusatoria”; por otro lado, derivada de las prácticas de allanarse, anticipar sentencia, acordar los cargos, encontramos una lógica

procesal penal huérfana de discusión probatoria, que construye sentencias condenatorias con la mera declaración del procesado (pura aceptación), lo que se legitima con escasos niveles probatorios, una lógica propia de la eficacia que orbita como fundamento legitimador de nuestras prácticas procesales, construyendo un proceso paralelo carente de garantías. Es en este sentido que la mencionada “nueva mentalidad” del respeto a los derechos

humanos, que tan fervorosamente propone el profesor Urbano, aun tiene que deshacerse de las perversiones que se inscriben en esa traducción binaria en materia procesal-penal.

JUAN GUILLERMO VALENCIA

DAVID ENRIQUE VALENCIA

“Observatorio procesal penal”.

Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas de

la Universidad de Antioquia.