

CARGA DE LA PRUEBA Y EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL

Leonardo Cruz Bolívar

I. PLANTEAMIENTO DE LAS SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

La aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal plantea la necesidad de reformular diferentes concepciones que se han arraigado en el pensamiento jurídico nacional con el paso del tiempo. Uno de esos aspectos sobre el que es necesario establecer qué grado de incidencia tiene el sistema acusatorio es, sin duda, la carga de la prueba de las partes.

A la pregunta sobre quién tiene la carga de la prueba, se responde afirmando que el Estado tiene dicha carga en lo referente a la responsabilidad del procesado y la defensa no tiene obligación de demostrar nada, dejando la situación en un simplismo que resulta no ser lo más aconsejable para un sistema acusatorio como el que comienza a desarrollarse en Colombia. Es por tal razón que espero asumir los siguientes interrogantes en el presente estudio:

a. ¿El sistema de la carga de la prueba en el nuevo sistema procesal penal colombiano es completamente adversarial, y en consecuencia la defensa debe comportarse como una parte contraria al fiscal, lo que implica que en concretos casos pueda admitirse una inversión de la carga de la prueba, específicamente en lo referente a ciertas causales de exclusión de la responsabilidad?

b. Dado el concreto esquema del proceso penal acusatorio, ¿el fiscal en nuestro sistema vigente siempre tiene la carga de la prueba de la acusación o, por el contrario, en algún momento varía su carga a favor de la defensa?

c. ¿La situación del ejercicio del derecho a la defensa en la etapa del juicio sigue siendo igual a la que se presentaba antes de la nueva ley procesal o, por el contrario, existen modificaciones sustanciales perceptibles en las exigencias a la forma y el fondo de la defensa en dicho momento procesal?

d. En relación con el interrogante anterior, surge también la pregunta en torno a si existe posibilidad de que el juez corrija situaciones derivadas del incorrecto ejercicio del derecho a la defensa o de vacíos probatorios mediante el decreto de pruebas de oficio en la etapa del juicio.

Para responder esos interrogantes, se hará una retrospectiva mínima de lo que ha sido la carga de la prueba en relación con lo sujetos procesales en épocas recientes, para luego analizar los ejemplos prototípicos del sistema acusatorio y finalmente estudiar los aspectos fundamentales que sobre el punto trae el Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 906 de 2004.

II. LA SITUACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY 600 DE 2000

Uno de los temas fundamentales en el que se ve reflejado el cambio de sistema procesal penal es sin duda la carga de la prueba. El sistema diseñado por la Ley 600 de 2000 venía siguiendo la línea marcada por los decretos 2700 de 1991 y 050 de 1987.

En estos sistemas, sobre los que no es necesario detenerse en planteamientos, se trataba tímidamente de asignar la carga de la prueba a determinados funcionarios, como los jueces de instrucción criminal y los fiscales; pero a su vez el juez mantenía en el juicio buena parte de la carga de la prueba al tratar de establecer la llamada verdad material. Una norma resulta paradigmática respecto de esta concepción de la carga de la prueba en el reciente derecho procesal colombiano, concretamente el artículo 249 del Decreto 2700 de 1991, en donde se indicaba: “*Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.* El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella”.

Lo anterior se traducía en un hecho perceptible desde todo punto de vista, es decir, que la carga de la prueba en realidad estaba radicada en todos los intervinientes en el proceso, pero en realidad no existía algo que se pudiera denominar el garante de la prueba, pues la inercia del acusador generaría vacíos que el juez podría llenar decretando pruebas de oficio. De la misma manera, las posibles falencias de la defensa podrían ser corregidas por parte del juez decretando esas mismas pruebas de oficio que determinarían la responsabilidad o la ausencia de ella.

Esta situación, sin duda, teóricamente parecía muy bien organizada, pero al mismo tiempo, en la realidad se traducía en que al llegar el juicio con frecuencia todos y a la vez ninguno tenían la carga de la prueba, lo que se traducía en que todos y ninguno podrían probar las falencias probatorias de la acusación; en caso de mantenerse éstas durante el juicio, las podría subsanar el juez mediante la aplicación del principio *in dubio pro reo*; otro tanto se podría decir de las falencias de la defensa, incluso esta podría pasar la etapa del juicio invocando dudas y contradicciones, y así salvar su papel defensivo invocando la presunción de inocencia.

Es por esto que esta sistemática, en últimas, no tenía una verdadera concepción de “carga de la prueba”, salvo la expresión genérica de que el Estado debe probar la responsabilidad de un ciudadano, pues en realidad, en la investigación, el fiscal acusaba –por lo menos teóricamente hablando– si tenía la convicción de que existía un mínimo probatorio que, incluso, ni siquiera habría sido construido por él en algunos casos. De esa misma manera, si la acusación del fiscal era recurrida, él mismo, si lo quería, podía desestimarla por recurso de reposición, sin que sus obligaciones como acusador se lo impidieran. Es decir, insisto, existía tanto en el fiscal como en el juez una carga de establecimiento de la verdad, que una carga de demostración de una hipótesis determinada.

Esta situación dejaba ver lo que era la concepción en algunas tradiciones jurídicas como la alemana a principios del siglo pasado, como lo indicó en su tiempo MITTERMAIER en la aspiración ya un tanto vetusta de un juez que adquiere la verdad con salomónico acierto:

... a los que hablan de la obligación de probar como incumbencia especial de una de las partes en el proceso criminal. Se dirá, cuando más, que la cuestión debe versar sobre el procedimiento por vía de acusación, donde se presenta un acusador articulando hechos, procurando la vindicación de sus derechos lastimados y combatiendo a la parte a quien se acusa de modo que todo el proceso consiste en un combate singular entre ambos en el que, procurando cada uno convencer por su parte al juez, se ve obligado también a hacer la prueba o la contraprueba, viniendo a ser la absolución la consecuencia forzosa de la prueba no producida por el acusador. Pero en el procedimiento inquisitivo solo se trata de la prueba de cargo; hay en él un magistrado que ha recibido del poder social la misión de investigar la verdad, cualquiera que ella sea, de cargo o de descargo; este magistrado obra silenciosamente, y lejos de afirmar, como hace siempre el acusador, procede con duda, no llegando jamás a articular, desde luego, una inculpación que podría dañar injustamente a aquel sobre quien recae; en una palabra toda la indagatoria es la investigación estudiosa y constante de todos los materiales capaces de ilustrar al juez y de ponerle en estado de pronunciar no siempre una condena, pero sí una sentencia justa¹.

1 MITTERMAIER. *Tratado de la prueba en materia criminal*, 1929, p. 112.

La legislación que imperó en Colombia durante el siglo xx, basada en el juez que obtenía la prueba con imparcialidad absoluta, se mantuvo con algunos matices; el principal, la aparición de la Fiscalía General de la Nación a quien terminó exigiéndose la obligación de obtener la verdad por fuera de cualquiera otra consideración en la recaudación de la prueba, lo que fue objeto de encontradas posiciones pues resultaba y aún resulta difícil de combinar una supuesta imparcialidad con el diseño de una entidad jerarquizada.

Esta concepción, muy garantista en el fondo, tiene y ha tenido una especial connotación, consistente en que la carga probatoria de exigencia al juez ocasiona que las partes pierdan importancia en el proceso y que, en últimas, en la etapa del juicio los sujetos procesales tiendan a plegarse a la labor del juez, y si ésta no es óptima por sí misma, sucede que se puede dar al traste con el proceso penal, cuestión que, considero, en más de una ocasión ha ocurrido.

En contraposición con la tendencia antes mencionada, el legislador reciente, en la Ley 906 de 2004, optó por un sistema en el que la carga probatoria de la acusación, en principio, recae sobre quien acusa, es decir la Fiscalía General de la Nación, no sin antes dejar de lado un sistema totalmente angloamericano y excepcionar, en materia de carga de la prueba, algunos casos en donde el fiscal se abstiene de fungir como acusador, quedando allí, con razón o sin ella, algunos vestigios del sistema nacional imperante a finales del siglo xx.

El sistema acusatorio colombiano tiene la pretensión de asignar la carga de la prueba de los elementos del delito y la responsabilidad de forma exclusiva al fiscal, agregando en ese entorno algunos híbridos que son propios de nuestra forma de pensar, como la intervención pretendidamente imparcial del Ministerio Público.

La inspiración del nuevo Código de Procedimiento Penal pretende la total ajenidad del juez a la práctica probatoria, y con ello se quiso dar el salto al procedimiento acusatorio, dejando al juez como fallador no contaminado con la obtención de pruebas; y ello, como se ha dicho, implica la asunción de unos roles más definidos en el proceso y algunas obligaciones más determinantes en la actuación judicial, pues si se es acusador o defensa, la claridad, decisión, precisión en el objetivo trazado en el proceso y en la exhibición y práctica de pruebas se hace más exigente, técnica y dinámica.

Desde esa perspectiva es necesario analizar cómo ha variado la concepción de la carga de la prueba y su orientación en el procedimiento penal, que difiere sin duda de la antes vista en la Ley 600 de 2000 y legislaciones anteriores.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO CONTINENTAL²

La carga de la prueba en el sistema acusatorio continental sobre el que ejerce liderazgo el sistema alemán, tiende a estructurar un principio acusatorio atenuado, más o menos severamente, por la obligación del tribunal de decretar pruebas. Es lo que ROXIN ha denominado “principio de obligación judicial de esclarecimiento”, y que consiste en que “el tribunal investiga los hechos de oficio y, por tanto, no está sujeto a los requerimientos de otros intervinientes en el procedimiento”³. Precisamente para el objeto de esta intervención, el mismo autor refiere una característica importantísima del procedimiento penal alemán: “También investiga (el tribunal) por sí mismo, en principio, las situaciones de justificación, disculpantes u otras situaciones de excepción que excluyan la punibilidad”. Pero lo anterior no implica que se excluya de la intervención probatoria al mismo sindicado y demás sujetos procesales (dicho en nuestros términos, los que tienen la facultad y el deber de actuar).

Así, la llamada carga de la prueba en el sistema procesal alemán, como antes lo había mostrado MITTERMAIER, tiende a no centrarse en cada actor del proceso según sus propuestas acusatorias o defensivas, quedando la sensación de que no se tiende a la asignación de la carga de la prueba sobre un sujeto procesal determinado, sino que continúa la tendencia a que la determinación de los hechos constitutivos de un determinado delito se alleguen por medios de prueba obtenidos por el tribunal o acaso por cualquiera de los sujetos procesales.

En ese mismo sentido, en el procedimiento penal portugués se tiende también a un sistema acusatorio matizado por pruebas de oficio, e igualmente ocurre en el sistema italiano⁴.

En lo que a España se refiere, la situación no difiere demasiado de lo que ocurre en el resto de Europa continental, pero se tiende a una mayor sujeción a las pruebas de parte, asignando cargas probatorias de acusación y defensa de forma más intensa que en otras legislaciones.

En España se plantea un principio acusatorio que implica la tendencia a que las partes tengan la carga de la prueba frente a lo que quieren demostrar, con las consecuencias propias del *in dubio pro reo* y las demás posibilidades de un Estado de derecho. Existe entonces un principio acusatorio, pero sobre esa base se ha discutido si a raíz de

2 En relación con el derecho comparado y las implicaciones de modelos procesales, cfr. Ó. J. GUERRERO PERALTA. “El juez de control de garantías”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, pp. 177 y ss.

3 ROXIN. *Derecho procesal penal*, 2000, p. 382.

4 ARMENTA. *Principio acusatorio y derecho penal*, 1995.

ciertas normas es posible romper esas cargas probatorias y llenar vacíos probatorios que atenten contra la finalidad del proceso.

Las posturas en la jurisprudencia española pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. La postura tradicional que admite la producción de pruebas del juez siguiendo la tendencia marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegué y Gabardo, y la sentencia del Tribunal Supremo de ese país del 27 de septiembre de 1994.
2. Existe una postura de inconstitucionalidad de la prueba de oficio decretada por el tribunal, al considerarse ésta nula invocando el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España.
3. Postura integradora: la mantienen las sentencias del tribunal supremo del 1.º de diciembre de 1993 y septiembre de 1995, “que sientan la doctrina de que la posibilidad que confiere el precepto que se examina, tiene solo como designio la comprobación de los hechos. Es decir, se dirige no a probar la existencia sino a comprobar (contraste o verificación) si la prueba sobre ellos, es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”⁵.

Así, la carga de la prueba se muestra en España como más exigente para las partes y excepcionalmente el juez, incluso el jurado, podrían tener capacidad probatoria, pero la tendencia más reciente apunta a la admisión atenuada de las pruebas de oficio.

Conclusión. Sin pretender en lo más mínimo haber realizado un estudio concienzudo de las instituciones procesales de diversos países, es un hecho que el derecho europeo continental en sus diversos exponentes tiene una marcada tendencia a atenuar la carga de la prueba asignada a las partes, pero sin renunciar a que ellas tienen la primera iniciativa probatoria frente a lo que quieren proponer frente a un juez o a un tribunal.

La simple existencia de un principio acusatorio es una enunciación de que la carga de la prueba de la responsabilidad del hecho está radicada en el fiscal o el acusador, y en el juicio éste deberá hacer prevalecer esa pretensión, que si no es consolidada implica el triunfo de la presunción de inocencia. De otro lado, la alegación de una causal de justificación o de inculpabilidad tiene de suyo una necesaria proposición probatoria que puede ser en su caso complementada en algunos ordenamientos, como el español, si se continúa la tendencia marcada recientemente, por la intervención del juez en la actividad probatoria.

5 GONZÁLEZ NAVARRO. *Acusación y defensa en el proceso penal*, 2004.

Así las cosas, lo antes analizado muestra que el sistema europeo busca un prudente ofrecimiento de garantías del juez en la búsqueda de la verdad material, que de acuerdo con la legislación de cada país se atenúa o se aumenta, pero que siempre está presente.

IV. CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO ANGLOAMERICANO

El sistema angloamericano, como se ha denominado en esta intervención de forma operativa, se caracteriza precisamente por tener en la carga de la prueba uno de sus principales puntos de referencia, esto es, se trata de un procedimiento donde la definición de la carga de la prueba representa una de sus principales conquistas y valores mas representativos:

El requerimiento de una prueba más allá de duda razonable tiene un rol vital en nuestro procedimiento criminal por razones de contundencia. El acusado durante un proceso penal tiene en juego intereses de inmensa importancia, tanto por causa de la posibilidad de que pierda su libertad, como por la certeza de que en este último caso sería estigmatizado. Acorde con esto, una sociedad que valore el buen nombre y la libertad de cada individuo, no está en posibilidad de condenar a un hombre por la comisión de un delito cuando existe una duda razonable acerca de su culpabilidad. Como expresamos en *Speiser vs. Randall* hay siempre un margen de error en los litigios, representado en la posibilidad de errores investigativos, hecho que ambas partes deben tener en cuenta. Allí donde una parte tiene en juego unos intereses de gran valor –como ocurre en el caso del acusado frente a su libertad– este margen de error se reduce en su favor mediante la asignación de la carga de la prueba a su contraparte, el acusador, mediante la obligación de persuadir al juez al final del proceso de que el acusado es responsable más allá de duda razonable. El debido proceso impone que ningún hombre puede perder su libertad hasta tanto el Estado haya sustentado la carga de la prueba convenciendo al tribunal de su responsabilidad. Para este fin, el estándar de la duda razonable es indispensable, por este se imprime al tribunal la necesidad de alcanzar un nivel subjetivo de certeza de los hechos en discusión⁶.

El esquema del sistema llamado aquí angloamericano tiene una lógica y coherencia innegables, pues pretende concretar la obligación del Estado de demostrar la responsabilidad de una persona más allá de toda duda razonable asignándole esa tarea a un funcionario determinado, el fiscal. El acusador es quien tiene esa carga de demostración, al punto que si no está en posibilidad clara de concretarla, causa probable,

6 Supreme Court of The United States, *Winship*, 1970.

sencillamente se abstiene de acusar sin entrar a fundamentar concretamente cuáles fueron las razones jurídicas para no acusar. Genéricamente, puede decirse que la única causal por la que un fiscal en el sistema angloamericano puede dejar de acusar es porque no está en capacidad de demostrar la responsabilidad de un individuo más allá de toda duda razonable.

Un esquema que muestra esta misma filosofía de la carga de la prueba se observa en el código de fiscales del Reino Unido, donde se indica a los fiscales de la Corona:

Un(a) fiscal de la Corona ha de tener la convicción de que existen suficientes pruebas para que exista una “probabilidad fundada de que se emita un veredicto inculpatario” contra el/la acusado/a respecto a todos y cada uno de los cargos. Ha de tomar en cuenta los posibles fundamentos de la defensa y cómo pueden éstos afectar la acusación.

Una probabilidad fundada de que se emita un veredicto inculpatario es un criterio objetivo y significa que la probabilidad de que un jurado o un tribunal de magistrados, instruido conforme a la legislación vigente, declare a un(a) acusado/a culpable del presunto delito es mayor que la probabilidad de que esto no ocurra. Este criterio es distinto al que ha de aplicarse en los tribunales penales: un jurado o un tribunal de magistrados debe declarar a un(a) acusado/a culpable únicamente cuando la culpabilidad del/de la mismo/a haya sido probada más allá de toda duda razonable.

Pero a pesar de que en el sistema angloamericano se enuncia la existencia de la carga de la prueba asignada al fiscal, ello no quiere decir que dicho procedimiento, ocasionalmente, no invierta parcialmente y de forma relativa las cargas de la prueba de tal manera que en concretos eventos la defensa se vea en la obligación de demostrar activamente una situación determinada. Este hecho se presenta en las llamadas defensas afirmativas en el sistema norteamericano, y la inversión de la carga de la prueba en el sistema inglés.

1. Las llamadas defensas afirmativas en el derecho norteamericano

En los Estados Unidos de Norteamérica se utiliza la noción de defensa afirmativa en aquellos eventos en donde la defensa entra a demostrar una determinada causal de exclusión de responsabilidad⁷.

Estas defensas afirmativas tienen la particular característica de no ser exclusivas del procedimiento penal o criminal, sino que hacen parte de las diversas posibilidades de litigio en los ordenamientos de Estados Unidos.

⁷ *Justification o Excuse* serían las expresiones que se relacionarían más con las defensas afirmativas en el derecho norteamericano.

En la legislación de Estados Unidos se establece que la defensa puede mantenerse en actitud pasiva frente a una acusación, limitándose a negar los planteamientos del tercero, o puede asumir una defensa afirmativa, entre las que se cuentan coacción, cosa juzgada, arbitramento.

En materia penal, sobresalen como defensas afirmativas la legítima defensa, el estado de necesidad y la coacción⁸, pero la que permite establecer, considero, con mayor claridad el contenido de las defensas afirmativas es la alegación de inimputabilidad o falta de capacidad mental.

En efecto, la ley penal federal de Estados Unidos establece en el numeral 7 parte 1 título 18, expresamente, que la llamada defensa por incapacidad mental es una defensa afirmativa y, en concreto, se estatuye en el literal b: “*Carga de la prueba*. El acusado tiene la carga de probar la defensa de incapacidad mental por medio de evidencias claras y convincentes”.

Incluso, en la regla 12, 2 de la ley federal de Estados Unidos se indica cómo la defensa por incapacidad mental se ejerce de tal manera que el procesado por intermedio de su abogado está obligado a notificar con anticipación al fiscal que va a tomar el camino de la defensa afirmativa consistente en ausencia de sanidad mental al momento de la comisión del hecho.

Como vemos, las defensas afirmativas revisten cierta complejidad y responden a una lógica que si bien el sistema procesal colombiano difícilmente admitiría, resulta completamente coherente en un sistema adversarial como el norteamericano, y no debe ignorarse su raíz en el proceso adversarial inglés, que se comenzó a gestar ya desde casi un milenio atrás, y desde entonces se viene adaptando a los cambios sociales de los diferentes países en que se ha asentado tomando diferentes matices.

Pero, contrario a lo que se podría pensar, los fundamentos clásicos del sistema acusatorio angloamericano no están lejanos a la discusión y al constante cambio y autocrítica.

Recientemente por ejemplo, a raíz de conocidos procesos como los de la gigantesca empresa *Enron*, en que se vieron involucradas tanto dicha firma como empresas prestigiosas en el campo de la auditoría, la forma como se ejecutan los procedimientos de los fiscales norteamericanos en los casos de persecución de delitos de cuello blanco ha suscitado debates que pretenden mostrar cómo en ciertos momentos el sistema norteamericano abandona las bases completamente acusatorias y tiende a asimilarse a un sistema inquisitivo como el francés, tan parecido al que en Colombia se practicaba con anterioridad a la reforma constitucional de 1991⁹.

8 Similar a nuestra insuperable coacción ajena, que en tratándose de la coacción para cometer un delito, es considerado como una clase de estado de necesidad por parte de la doctrina alemana.

9 SZOTT MOOHR. “Prosecutorial Power in an Adversarial System: Lessons from Current White Collar

Lo anterior no quiere decir ni mucho menos que los norteamericanos intenten hoy por hoy cambiar de sistema procesal, sino que demuestra que, en primer lugar, ningún sistema a estas alturas de la realidad política y cultural de los países es impermeable y puro, y a su vez, que los Estados de acuerdo con sus necesidades políticas y jurídicas y conforme al intercambio de experiencias con diversos países y culturas, toman instituciones y formas procesales de diversos lugares del mundo civilizado para solucionar cuestiones locales sin importar en mayor medida los modelos teóricamente concebidos por los académicos.

2. Las inversiones de la carga de la prueba en el sistema inglés

El sistema inglés, paradigmático en cuanto representa la génesis y transformación del sistema acusatorio que irradió a países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, entre otros, muestra cómo hoy también entran en discusión aspectos que inicialmente fueron la base del sistema, como son los eventos de inversión de la carga de la prueba.

En el sistema imperante en el Reino Unido se admite la existencia de presupuestos en donde la inversión de la carga de la prueba tiene como consecuencia que la defensa entre a probar determinados eventos; en el ejemplo más conocido, el de la legítima defensa, que es para todos una causal de exclusión de la responsabilidad penal independientemente de la denominación particular que se le otorgue.

Esa situación, como ocurre en Estados Unidos, hace parte del sistema acusatorio inglés mismo. Sin embargo, la entrada en vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha obligado a los ingleses a analizar de nuevo las bien sentadas bases de su propio sistema. En efecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6(2) establece lo relativo a la carga de la prueba¹⁰.

El 29 de abril de 2004, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, en su sección penal o criminal, decidió, luego de realizar un detenido análisis de la legislación nacional frente al Convenio mencionado, que las inversiones de la carga de la prueba en Inglaterra son completamente admisibles de cara al ordenamiento europeo y no violan las garantías fundamentales de quien es sometido a un juicio criminal¹¹.

Pero a su vez, la decisión de la corte de Inglaterra y Gales pudo concluir su fallo con

Cases and the Inquisitorial Model”, en *Buffalo Law Review*; en un aparte la autora concluye: “Nuestro sistema de justicia penal en relación con los delitos de cuello blanco, no corresponde ni con nuestras ideas de un proceso adversarial ni tampoco con las de uno inquisitivo” (p. 56).

10 En dicha norma se establece básicamente la presunción de inocencia en el sentido que toda persona se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado su responsabilidad conforme a la ley.

11 Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (*criminal division*) on Appeal from Queen’s Bench Division. 29 de abril de 2004.

suma propiedad y, dada la trascendencia de la situación, es lo más factible que las inversiones de la carga de la prueba en ese país vayan siendo más reducidas y acaso más tendientes a dotar de otras perspectivas de defensa a los enjuiciados. No será de seguro un cambio inmediato, pues en Inglaterra nada cambia de la noche a la mañana como ocurre entre nosotros, pero es posible que la influencia del sistema europeo continental, al que tiende la convención europea de derechos humanos, deje su huella en el entendimiento de la justicia penal inglesa.

Observemos cómo en este punto concreto, la prueba que excluye la responsabilidad, es un aparte crítico en el sistema penal acusatorio y marca una de las diferencias más fuertes en las tendencias procesales existentes en Europa continental y los modelos angloamericanos.

3. Conclusión en torno a la carga de la prueba en el sistema acusatorio angloamericano

Algo generalmente aceptado es que el sistema angloamericano representa el paradigma de lo adversarial en el proceso penal: existe un acusador con la carga absoluta de la prueba, y se está en presencia de un juez que solo tiene capacidad para instruir al jurado en algunos casos, y que no tiene injerencia en la investigación.

Pero esa realidad no es indiscutida en la actualidad y las tendencias sociales y políticas hacen que los Estados se muevan a buscar soluciones en otros modelos y las diferentes instituciones procesales se vuelvan elásticas y tolerantes a la intrusión de elementos inicialmente extraños a sus orígenes.

Así como se vio al inicio de este trabajo, MITTERMAIER a comienzos del siglo XX rechazaba la idea de un concepto acusatorio en Alemania, y este aspecto se ha matizado; de igual manera, los sistemas angloamericanos por una razón u otra han asumido la necesidad de llegar a acercarse a otros modelos.

De todo esto quedan claras enseñanzas para el procedimiento penal colombiano, consistentes en que la adaptabilidad de las instituciones procesales está demostrada y por tanto es posible tratar con ciertos niveles de eclecticismo siempre que ello no vaya en contravía de la eficacia y el garantismo que exige un procedimiento penal moderno.

Tanto el exagerado eficientismo en la búsqueda de condenas como la exageración en la concesión de protección a los procesados, principalmente en los procesos de grandes organizaciones delincuenciales, han afectado las estructuras procesales en todo el mundo, y Colombia no ha sido la excepción; por ello, no puede mirarse con malos ojos el que nuestro sistema procesal tenga instituciones de variada raigambre pero que con una práctica sana pueden ser conciliables con las necesidades de administración de justicia de nuestro país.

V. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL Y SU RELEVANCIA FRENTE A LA CARGA DE LA PRUEBA

No sobra recordar que en la actualidad el Código Penal colombiano ha optado por agrupar en una misma norma una serie de causales que llama genéricamente como de exclusión de la responsabilidad.

El Código nacional trae un nivel de especificidad acaso inusual en la medida que menciona en la exclusión de responsabilidad una serie de hipótesis como la atipicidad, el caso fortuito, la fuerza mayor, etc.; de la misma manera, el Código no trata de diferenciar justificación o exculpación, e incluye en el listado hipótesis de atipicidad.

Algunas de estas causales procesalmente tienen una característica especial que resulta de importancia para este estudio, consistente en que su poder de exclusión está fundamentado en una serie de requisitos legales que deben estar claramente demostrados en un proceso penal.

Para demostrar la existencia de un estado de necesidad, es claro que deberán concurrir ciertos requisitos: un peligro actual e inminente, la necesidad de defensa de un derecho propio o ajeno, la no evitabilidad del peligro de otra manera, la no causación de ese peligro de manera imprudente o dolosa y la ausencia de obligación de sacrificio.

Igualmente, si se alega la existencia de consentimiento, se tendrá que acreditar la manifestación expresa o tácita del titular del bien jurídico disponible que sea del caso, o en el caso del miedo insuperable la Corte Suprema de Justicia ha considerado que tienen que demostrarse los siguientes requisitos:

- a. La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- b. El miedo ha de ser *insuperable*, es decir, sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- c. El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.
- d. El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados¹².

12 Sentencia del 12 de diciembre de 2002, rad. 18.983, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

La demostración de esta causal, como también de la legítima defensa y otras, implica una labor especial de la defensa para argumentar la existencia de los requisitos establecidos en la ley, por cuanto debe existir una clara definición de dichos elementos para establecer la concurrencia de esa exclusión de la responsabilidad.

En un proceso de tendencia adversarial, la acusación alegará la comisión, por ejemplo, en caso de un delito de hurto, mientras que la defensa tratará de demostrar que ese hecho fue cometido, por ejemplo, porque quien realizó el apoderamiento era una madre cuyo hijo estaba en peligro de muerte por inanición. Entonces aquí la defensa traerá posiblemente al menor a declarar, a un médico, a los vecinos y conocidos que sabían de la situación, etc. Mientras que la parte acusadora tratará de desvirtuar esas versiones, mostrando que la acusada tiene un trabajo, que recibe una pensión de su ex marido, etc.

Pero en la panorámica antes descrita existe una situación que puede no concordar con la esquemática del Código de Procedimiento Penal colombiano, mas sí con el del proceso adversarial angloamericano, que como hemos visto en estos casos no tiene impedimento para exigir la inversión de la carga de la prueba.

En el ejemplo propuesto, podemos observar que la defensa está tomando la iniciativa probatoria, es decir, es una defensa activa, porque está probando, está llevando testigos y pretende desvirtuar la acusación.

Este tipo de actividad puede ser ejercida desde luego por parte de la defensa, pero ello no quiere decir que, por ejemplo, como ocurre en el sistema norteamericano, al invocar una legítima defensa o un estado de necesidad, la defensa entre en una inversión de la carga de la prueba y quede obligada a demostrar probatoriamente los requisitos legales de su afirmación y de dicha demostración dependa su propia inocencia.

El sistema adversarial acusatorio colombiano, lo veremos, no admite un extremo contradictorio en donde la defensa se convierta en una contraparte que tenga las mismas cargas probatorias que la acusación en el sentido de tener que demostrar lo que afirma. El acusador está en obligación de demostrar todos los elementos del delito, la defensa no está obligada en el proceso penal acusatorio colombiano a demostrar todos los elementos de una causal de ausencia de responsabilidad para alcanzar su inocencia.

Lo anterior es importante, pues si se llevan a un extremo interpretativo principios propios de los sistemas acusatorios angloamericanos, podría pensarse que en un momento determinado, principalmente en el juicio oral, la defensa deba alegar y probar ciertos hechos, de lo contrario su pretensión fallaría. Tal inversión de la carga de la prueba en el ordenamiento colombiano es inaceptable.

Pero además del juicio, en la Ley 906 de 2004 la demostración de la exclusión de una

causal de ausencia de responsabilidad en la etapa anterior a la imputación y posterior a ella está también regida por una muy propia e individual forma de concebir la carga de la prueba que merece igual análisis y desarrollo.

VI. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD Y SU DEMOSTRACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

1. El principio general en el Código de Procedimiento Penal

El principio general del ordenamiento penal colombiano deviene de la Constitución Política y corresponde al artículo 29 superior y los tratados internacionales al indicar con claridad que quien sea acusado tiene derecho a presentar pruebas que le favorezcan, pero en desarrollo de la presunción de inocencia está relevado de demostrar activamente su inocencia. Lo anterior parece obvio y está arraigado en la conciencia jurídica, pero en realidad el tratamiento de este precepto ha tenido que enfrentar desde tiempo atrás cuestiones bastante complejas y que llevan al límite esta presunción, pues en delitos que se han consolidado en las últimas décadas la cuestión de la carga de la prueba, por lo menos, no ha sido concebida por el legislador y mediando aval de la Corte Constitucional, tan intangible como siempre se ha entendido. El delito de enriquecimiento ilícito e incluso el lavado de activos han llevado al límite la presunción de inocencia.

En el campo procesal sin embargo, el legislador ha enunciado un precepto de conexión constitucional que puede darnos una clara concepción de la imposibilidad de que el acusado en el juicio o en cualquier otra instancia sea obligado a demostrar su inocencia, excluyendo a la persona de la obligación de tomar la iniciativa probatoria; concretamente me refiero al artículo 7.º CPP, que expresamente indica en cuanto a la presunción de inocencia:

... en consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Y en concreto se indica a la defensa dentro de sus derechos en el artículo 125, dentro de las atribuciones especiales:

8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.

El principio rector, entonces, está manteniendo la absoluta carga de la acusación en el fiscal, mientras que la exclusión de responsabilidad no puede ser carga probatoria

del acusado, en la medida que esto implicaría una inversión de la carga de la prueba a tal punto que se deba asumir una determinada cuestión probatoria por la defensa con la carga de demostrarla con suficiencia ante el juez.

La situación es entonces de la siguiente manera en la esquemática que plantea el Código: si se alega una causal de exclusión de la culpabilidad, como el miedo insuperable, o una de exclusión de la antijuridicidad, como el estado de necesidad, esa mención tiene que ser desvirtuada por la acusación sin que esta pueda alegar que la defensa no presentó las pruebas suficientes que acreditaran su mención, pues ello le está permitido. La obligación de la acusación está centrada en demostrar positivamente, es decir con pruebas, que esta invocación de la inculpabilidad o justificación es en realidad falsa.

Parece inicialmente lo anterior un principio muy claro, pero en la configuración del principio acusatorio esta situación merece mayor atención, pues, como se observó en ciertos casos, como la coacción, la legítima defensa y el estado de necesidad, en los sistemas angloamericanos existe una marcada tendencia a exigir a la defensa que ella entre a convencer, normalmente al jurado, de la existencia de los requisitos correspondientes de la figura de justificación o inculpabilidad alegada, en desarrollo de una “defensa afirmativa” en donde acaso la defensa asume una situación similar a la del acusador, en el sentido que entra de forma si se quiere agresiva a comprobar el fundamento de defensa; en este marco, adquiere una especial connotación la legítima defensa, en donde lo que se entra a demostrar es una agresión de la víctima, es decir, es casi como una contra acusación.

Así, un elemento del sistema principalmente angloamericano, como es que en el juicio la defensa debe demostrar ciertas causales de exclusión de lo injusto o lo inculpable, no tiene en realidad cabida en el sistema procesal colombiano, pues no fue en realidad ese el diseño que planteó el legislador en nuestro sistema, y la alegación de las causales de justificación no obliga a la defensa, necesariamente, al despliegue de determinados elementos probatorios para establecer la existencia de los requisitos.

Desde luego en la práctica la cuestión puede ser un tanto diferente, pues frente a un proceso adversarial el alegar algo y no demostrarlo tiene consecuencias negativas, pero en lo que se refiere al acusado, ello va a tener consecuencia en el acusador, quien ante la alegación de la defensa deberá, él sí, demostrar que una causal de exclusión de la responsabilidad, como el estado de necesidad, el miedo insuperable, la legítima defensa o la coacción, no está presente en el comportamiento del acusado.

Pero precisamente esta mención nos hace comprender ahora que la inexistencia de una causal de las mencionadas en el artículo 32 C. P., principalmente en lo que se refiere a la justificación y la inculpabilidad, debe estar completamente descartada de la conciencia del acusador, antes de la emisión de la acusación; es decir, al acusar, el funcionario no debe tener duda alguna de que, en su criterio, no obra a favor del

procesado una causal que excluya su responsabilidad; la razón de esto es que, también de forma contraria a varios de los sistemas procesales acusatorios, el fiscal al advertir la existencia de causales de exoneración antes de la acusación, está en la obligación de solicitar la inmediata preclusión de la investigación; ello también es una situación completamente alejada de los sistemas jurídicos angloamericanos, en donde el fiscal se abstiene de acusar sobre la base de la ausencia de causa probable, sin necesidad de argumentar la existencia de causal de exclusión de la responsabilidad alguna.

Lo anterior nos impone analizar cómo se desarrolla la actividad probatoria frente a la ausencia de responsabilidad en el desarrollo de las indagaciones anteriores a la acusación en el Código de Procedimiento Penal en Colombia.

2. Indagación y exclusión de la responsabilidad

El prerequisite formal para que se solicite la preclusión de la investigación, conforme al artículo 331, es la formulación de la imputación; expresamente indica la norma: “En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”.

Dentro de las causales de exclusión de responsabilidad encontramos en el numeral 2 artículo 332 precisamente las causales que excluyen la responsabilidad conforme al Código Penal, refiriéndose necesariamente la norma al artículo 32 del estatuto penal sustantivo.

Cuando se advierte por parte de la fiscalía, por cualquier medio, la existencia de pruebas que apuntan a una exclusión de la responsabilidad, surge en nuestro procedimiento nuevamente una *sui generis* forma de proceder en el acusador colombiano, en la medida que se ve enfrentado no sólo a advertir una causal de ausencia de responsabilidad determinada, sino también a proponerla al juez y acaso obrar casi como un defensor frente al juez de conocimiento, para convencerlo de que el imputado es, en términos generales, inocente. Es decir, se le presenta al fiscal en este caso una verdadera inversión de la carga de la prueba, debiendo desvirtuar lo que en principio como acusador tendría que demostrar, esto es, la responsabilidad del procesado.

Ello se deduce de lo establecido en el mencionado artículo 331, cuando da como único legitimado para solicitar la preclusión al fiscal, y aún más, del artículo 333, que indica: “Previa solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los 5 días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión”.

En lo que se refiere al papel del fiscal y la defensa, es necesario interpretar el inciso final del artículo 333 de una manera amplia diferente a la que el mismo tenor de la ley indicaría en principio, pues frente a evidencia obtenida por la defensa para obtener la cesación de procedimiento, la mencionada norma genera sin duda un desequilibrio no

tolerable conforme al derecho a la defensa. El aparte correspondiente indica: “Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”.

Esta norma debe interpretarse de forma extensiva en lo que se refiere a la intervención de la defensa en la diligencia ante el juez de conocimiento, pues no se puede entender, y creo que tampoco admitir, que la defensa no intervenga activamente en la solicitud de preclusión, cuando es precisamente un momento clave en el cual se puede resolver definitivamente, dado el también *sui generis* efecto de cosa juzgada que tiene la preclusión, la situación del imputado.

Ello tiene especial relevancia en lo que se refiere a los eventos en donde se exhibe ante el juez evidencia física que apunta a una exclusión de la responsabilidad, sea una causal de justificación o de inculpabilidad. No debe olvidarse que normas de rango constitucional obligan a los jueces a escuchar al sindicado independientemente de la etapa procesal, concretamente los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y el artículo 8.º del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972). En dicha norma se establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquiera acusación penal formulada contra ella”.

Se trata aquí de la sustanciación de una imputación penal, ante una acusación, que no puede entenderse en el sentido procesal de la palabra, como acto que formalmente presenta la fiscalía. La razón de esto es que en la audiencia de preclusión el imputado tiene derecho, por sí mismo, a demostrar su inocencia, si así es su voluntad desde luego, hecho que nunca puede ser vedado al imputado. Resulta impropio en un Estado que se pretende constitucional, crear un escenario en donde se discute la inocencia de una persona y al mismo tiempo se le impide participar activamente para coadyuvar a demostrar ese estado natural de inocencia. Se reconoce desde luego que esta situación tiene una explicación formal, consistente en que la carga de la persecución penal la tiene en ese momento la fiscalía, y por tanto es ésta quien debería tener la iniciativa de la terminación de la acción; mas sin embargo, ello no obsta para que se le otorgue el derecho a la defensa, si así lo quiere, de asumir una posición activa en la audiencia de preclusión, más aún en tratándose de casos en los que se debe demostrar una causal de exclusión de la responsabilidad como el error, el miedo insuperable o la justificación o el estado de necesidad.

3. Indagación, exclusión de responsabilidad y presunción de inocencia, anticipación del “in dubio pro reo”

Ahora bien, puede ocurrir que las pruebas de ausencia de responsabilidad no aparezcan

diáfanas para el fiscal, pero tampoco tengan la posibilidad de generar situaciones claras que le permitan demostrar concretamente la responsabilidad; en tales casos el fiscal recurre al juez para la celebración de la audiencia de preclusión de la investigación, y allí invocará, no ya la causal 2.^a del artículo 332 C. P., como sí la establecida en el numeral 6 del mismo artículo, en el entendido que el fiscal no puede constituir un juicio sólido contra el procesado y no existe un panorama probatorio lo suficientemente claro para que la acusación se pueda sustentar de forma satisfactoria en el juicio.

Pero lo que resulta importante en el presente caso es si esta causal es posible de invocar ante la duda de la concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad concreta, es decir, por ejemplo, en un estado de necesidad.

Los requisitos del estado de necesidad son, como todos lo sabemos, la existencia de un peligro actual e inminente contra un derecho propio o ajeno, la reacción proporcionada, no evitable de otra manera, que el peligro no fuera causado intencionalmente o por imprudencia del autor, y siempre que no tenga el deber jurídico de afrontarlo.

Supongamos un caso en el que una persona, para evitar un incendio en su casa, rompe las tuberías propias y de sus vecinos causando inundación en varias casas a la redonda, siendo denunciada por el delito de incendio (art. 350 C. P.) y daño en bien ajeno (art. 265 C. P.), y sobre este último delito no hay un acuerdo indemnizatorio que permita la aplicación oficiosa del principio de oportunidad. El fiscal logra conocer que en el domicilio se celebraba una estridente fiesta y que, además, los vecinos escucharon ruidos de riña, pero ni una ni otra versión es corroborada de forma certera, siendo los asistentes a la fiesta ambiguos en sus declaraciones; muchos de ellos estaban embriagados y otros un tanto distraídos en diferentes actividades, quedando siempre la situación en la indefinición. Nótese que de comprobarse que se trató de un incendio provocado intencionalmente o como consecuencia de la riña o por el estado de embriaguez y falta de cuidado del dueño de casa, la causal de justificación no concurriría por no darse uno de los requisitos legales.

Pero ante las dudas existentes acerca de la concurrencia del requisito exigido por la ley, consistente en que el peligro no haya sido causado por imprudencia o dolo, surgen sin duda serias dudas. Ante tal situación, tenemos que en principio el fiscal debe tratar al máximo de establecer mediante todo su despliegue probatorio la causal de ausencia de responsabilidad o la no concurrencia clara de la misma. Pero si no logra finalmente establecer ni la totalidad de los elementos para excluir la responsabilidad, ni la demostración de que se dio uno de los elementos para inadmitir la causal, debe invocar la causal 6.^a del artículo 332.

Lo anterior es relevante frente a la situación de que el fiscal no debe acusar para luego esperar a que el juez admita el *in dubio pro reo*, pues esta facultad está dada en la preclusión y el fiscal, frente al juez, deberá demostrar que el principio constitucional

de inocencia no se puede desvirtuar, razón por la cual no puede invocar el juicio, situación que implica la preclusión de la investigación¹³.

4. Acusación, descubrimiento y nulidades por violación al derecho a la defensa

La omisión del descubrimiento de la prueba tiene completa relevancia cuando la prueba no descubierta por la fiscalía habría en su caso podido servir para demostrar una determinada causal de exclusión de responsabilidad, p. ej., el testimonio de quien observó la agresión antijurídica en un alegato de legítima defensa o el documento en el que constaba el consentimiento del ofendido. Parece claro que la ruptura de las reglas del descubrimiento genera la nulidad de la actuación a partir de la acusación, en la medida que conforme el artículo 337 menciona los requisitos de la acusación, en donde se hace referencia a los elementos que favorecen la defensa. Si bien en tal norma se indica que son “requisitos formales”, no hay que olvidar que son el desarrollo de una norma constitucional, y en tal sentido la omisión de indicar la prueba de exclusión de responsabilidad en la acusación afecta, incluso, el mismo escrito de acusación, pues afecta tanto el derecho a la defensa como al debido proceso constitucionalmente establecido. No debe olvidarse que el numeral 9 artículo 250 C. N. ordena: “En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios o informaciones de que tengan noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”. Así, considero que la Constitución hace imperativo que la acusación debe contener ya los elementos favorables al procesado, pues de no ser así es contraria a la Constitución, es decir, nula.

5. Prueba de la exclusión de responsabilidad y etapa del juicio

Se parte del hecho de que si se ha presentado una acusación formal, el fiscal carece por completo de dudas acerca de la concurrencia de una causal de justificación o inculpabilidad, y parte de la creencia fundada en evidencia de que aquel a quien acusa ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable como también punible.

En el momento del descubrimiento de pruebas son claras las exigencias que tiene el fiscal en cuanto a lo que debe poner en conocimiento de la defensa, tal como se regula en los artículos 345 a 347 CPP, que como se sabe desarrollan el numeral 9 artículo 250 C. N.

13 Recientemente se ha considerado en sentencia del 26 de enero de 2005, rad. 15.834: “El mandato legal de que *toda duda* se debe resolver a favor del sindicado, en fin, no permite excepción de ningún tipo y en esa medida la decisión del Tribunal de absolver al acusado con fundamento en la falta de certeza sobre la antijuridicidad de su conducta, conclusión a la cual arribó luego de un análisis serio y ponderado de los medios de prueba, fue conforme a derecho”.

Precisamente esto lleva a que la omisión más reprochable que pueda tener el fiscal al momento del descubrimiento radica en que omita el poner a disposición una prueba que haga referencia a una concreta causal de exclusión de la responsabilidad. Desde luego en el entendido que dicha prueba fue conocida y estuvo al alcance del ente acusador.

Llama la atención en el Código de Procedimiento Penal el hecho de haber admitido algún elemento, si bien aislado, de la defensa afirmativa en el ámbito de la inimputabilidad, pues a pesar de que en el descubrimiento no se genera ningún deber especial para la defensa en cuanto a las causales de exclusión de la responsabilidad, en el ámbito de la inimputabilidad establece el Código en el párrafo 2.º artículo 344: “así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado”.

El Código, como se ha visto, ha huido, por decirlo de una manera muy gráfica, de una total propuesta adversarial en materia de prueba de exclusión de la responsabilidad, pero algún elemento propio del sistema angloamericano ha quedado en el desarrollo de la defensa afirmativa por inimputabilidad, que desde luego no es exclusión de responsabilidad, admitiendo la necesidad de que la defensa, primero, anuncie cuándo va a ejercer una defensa por inimputabilidad, y segundo, se vea en la obligación de entregar los exámenes que se le hayan practicado al acusado. Lo anterior presenta una mínima carga a la defensa que, considero, no socava las bases del ordenamiento, sino que complea a quien invoca la inimputabilidad a advertir a la acusación que va a alegar tal situación que, se insiste, no es causal propiamente de exclusión de responsabilidad.

Pero esa previsión del Código no parece tener el tinte de una inversión de la carga de la prueba, pues lo único que está exigiendo es la anunciación de la inimputabilidad. Podría pensarse que la ley exige determinadas pruebas al indicar que la defensa deberá mostrar los exámenes médicos que se le han practicado; ello indicaría la exigencia de una contraprueba; sin embargo, no parece así en la medida que en primer lugar es apenas lógico que para alegar la mencionada causal se realicen determinados exámenes y que ellos estén a disposición de la contraparte al momento del descubrimiento.

6. El ejercicio de la defensa técnica y la carga de la prueba en el juicio

ROXIN¹⁴ nos muestra cómo la defensa tiene un mayor o menor papel de importancia dependiendo del sistema procesal que se adopte; así, en el sistema anglosajón la labor del defensor es demasiado relevante por cuanto, en palabras simples, debe ser tan idónea, capaz y recursiva como la misma fiscalía, pero encaminada a demostrar la inocencia del acusado, y ello es más acentuado aún si se ejerce una defensa activa que apunte a una determinada exclusión de la responsabilidad. Pero en sistemas como

el alemán, en donde el tribunal, como vimos, y el fiscal mantienen una carga general de la prueba, el papel del defensor, siendo importante, se reduce en exigencias, y su inactividad o inidoneidad suelen ser menos advertidas o acaso excusadas, ya que el juez o el fiscal pueden sustituir ciertas omisiones argumentativas o probatorias.

En el sistema colombiano, así se admitiera el decreto de pruebas de parte del juez, el cual considero debe ser una práctica completamene excepcional¹⁵, el rol de la defensa tiene especial importancia y su actividad en lo que se refiere tanto a la defensa pasiva como a la activa adquiere connotaciones que merecen mucha más atención de aquella que se le prestaba en el sistema de tendencia inquisitiva.

Al quedar relevada de carga de la prueba la defensa, se le deja siempre en plena facultad de ejercer una defensa pasiva: y si es ésa la voluntad del defensor, puede éste centrarse sólo en atacar la credibilidad de la acusación y su fundamento probatorio para luego alegar la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

La defensa, sin embargo, puede optar por una defensa activa para demostrar alguna causal de ausencia de responsabilidad como las mencionadas ya en este trabajo. Pero en este último punto debe repararse en que si la defensa opta por una defensa activa, dado que se trata de un proceso adversarial, es posible que toda la carga probatoria y argumentativa de la causal sea voluntariamente asumida por la defensa. La razón es lógica: si tal procedimiento defensivo no lo hace la defensa, nadie lo hará por ella, pues por más que se admita que el juez pueda decretar pruebas, el montaje de una defensa activa, en el sentido de una estrategia, es una labor típica de parte.

Esta situación se traduce en que la labor del defensor del proceso penal acusatorio en Colombia tiene que verse desde una perspectiva más exigente de la que en el anterior sistema se establecía. No puede ser un actor que simplemente proponga diversos argumentos y alegue indistintamente pruebas, por ejemplo, de personalidad, y allegue documentos de todo tipo, que no tengan un carácter definido. La defensa de sistema actual, se insiste aún, en el evento de que el juez pueda practicar excepcionalmente pruebas, tiene cargas diferentes que la obligan a una concreta planificación, técnica de intervención en el juicio y conformación de estrategias para el convencimiento de su pretensión ante el juez.

14 ROXIN. *Derecho procesal penal*, 2000, p. 131: “La estructura del procedimiento penal alemán no le asigna al defensor la misma posición central que la que le corresponde en el procedimiento de partes del proceso penal anglosajón”. A pesar de la anterior cita, ello no quiere decir que ROXIN admita la poca importancia del defensor en el sistema alemán, pero queda claro que su papel no es el mismo que el desempeñado por el abogado de la defensa en el esquema angloamericano.

15 En el mismo sentido, G. BARBOSA CASTILLO. “Estructura del proceso penal, aproximación al proceso penal colombiano”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, 2004, p. 117.

Lo anterior tiene un efecto real en el derecho procesal colombiano, consistente en que la concepción de las nulidades por falta de actividad de la defensa ha de tener una revisión en cuanto a sus presupuestos. En la actualidad, la Corte Constitucional ha considerado en cuanto al rol del defensor en el proceso penal lo siguiente:

La vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica no puede corresponder a la utilización de una estrategia de defensa. A este respecto, la jurisprudencia ha puesto de presente que las fallas de la defensa no pueden estar referidas a aspectos que se encuentren por dentro de la estrategia del abogado para proteger los intereses del sindicado. En efecto, el defensor cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su cargo. Por tal motivo, para comprobar vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, es necesario que haya una ausencia evidente de estrategia por parte del defensor.

En palabras de la Corte:

“Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada”: sentencia T-654 de 1998. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier asomo de estrategia¹⁶.

Esta pauta marcada por la Corte Constitucional tiene hoy más aplicabilidad en el proceso penal frente a la actividad de la defensa, en el sentido que ésta, si bien no tiene la carga de la prueba sobre la exclusión de responsabilidad en caso de alegar determinadas causales, al enfrentar un juicio oral en donde tiene la única oportunidad de presentar sus pruebas y argumentos, su actividad debe estar desarrollada con la mayor preparación y competencia posible.

Nótese cómo en el proceso de tendencia inquisitiva, desde la medida de aseguramiento el defensor tenía facultades para presentar alegatos, pruebas que atendieran a la exclusión de la responsabilidad, luego podía apelar decisiones como la imposición de una medida o la acusación, previa la presentación de alegatos calificadorios, por lo que en el juicio tenía las prerrogativas propias de ese acto, a lo que se unía la posibilidad de que ante alguna ausencia de estrategia o actividad, el fiscal o juez advirtiera la

16 Sentencia T-1212 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

existencia de pruebas que le favorecieran y procedía a practicarlas. Así, se trata aún de un proceso en donde a toda hora y en todo momento se puede alegar casi todo.

Pero en la actualidad, el defensor radica su estrategia en la actividad probatoria previamente diseñada o en el ataque a las pruebas del fiscal y los conainterrogatorios y la presentación del caso, si es que opta por hacerla, y ante todo el alegato de conclusión. A lo anterior puede unirse que sean más de cinco o diez los acusados y el tiempo de la defensa en la exposición definitiva se reduzca ostensiblemente.

Frente a este panorama, considero que las exigencias de la labor del defensor en el juicio han cambiado y que los correctivos del juez al determinar la posibilidad de una anulación del juicio por falta de idoneidad de la defensa están *ad portas* de ofrecer una dinámica más concreta y menos excepcional de la que en la actualidad tienen.

Las defensas genéricas, sin una actividad probatoria definida, dedicadas a atacar a los demás co-acusados o al acusador sin argumentar aspectos concretos, pueden ser objeto de, primero, un severo requerimiento del juez, en el sentido de advertirle al defensor que no está cumpliendo con las actividades constitucionalmente esperadas de un actor que solo tiene una oportunidad real para argumentar de fondo sobre las pruebas ya practicadas antes del fallo, y además que su actitud afecta al acusado.

Pero si la situación es en extremo difícil y la falta de idoneidad de la defensa entra en extremos intolerables la situación puede llegar a generar una causal de nulidad por violación al derecho a la defensa. Ejemplo de la anterior situación, en el derecho norteamericano, la jurisprudencia ha desarrollado el derecho a la eficacia de la defensa, creando límites concretos a la violación de este derecho que está fundado en el argumento de que una defensa insuficiente e inidónea rompe las reglas de un proceso adversarial¹⁷.

El proceso colombiano, en la etapa del juicio, tiene una fuerte tendencia a ser adversarial, de tal manera que aunque se admita la excepcional posibilidad del juez de decretar pruebas, la importancia del defensor se ha acentuado y se acentúa, al punto que no es posible admitir unas falencias defensivas, en el marco de la defensa técnica, que atenten contra un juicio justo.

El requisito exigido por la jurisprudencia norteamericana para la afectación del derecho a la defensa eficaz está en la vulneración del adecuado funcionamiento del sistema adversarial, situación que de igual forma en nuestro sistema implicaría la violación al derecho a la defensa, y la afectación incluso del derecho de contradicción, puesto que una defensa inidónea precisamente se pliega de forma inerte a los planteamientos de la acusación.

17 Al respecto, CHIESA APONTE. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 1995, p. 381.

La nulidad por violación al derecho a la defensa en tales eventos, pretende proteger el acceso y ejercicio de la defensa técnica, principalmente en lo que se refiere a la ausencia total de alegaciones sobre exclusión de la responsabilidad que debieron ser objeto de una seria argumentación y propuestas como una concreta posición de la defensa, siendo ausente por completo una estrategia defensiva, generándose un perjuicio irremediable para el enjuiciado en caso de no corregir el juez dicha situación.

Finalmente, cabe anotar que esta concepción de la defensa tiene obligatoriamente que partir del ejercicio ético de la profesión de abogado y de la acción ejemplarizante de las autoridades disciplinarias, que eviten que la nulidad por ausencia de una defensa eficaz se convierta a su vez en una estrategia defensiva de personas inescrupulosas y sin consideración de la importancia de la profesión de abogado y, en especial, del encargo de defensor.

7. Prueba de la exclusión de la responsabilidad y la facultad del juez de decretar pruebas de oficio

La doctrina en Colombia ha asumido la tesis de que el artículo 361 CPP puede ser violatorio de la Constitución Política, en la medida que la búsqueda de la verdad material se predica de nuestra Carta Fundamental¹⁸.

En realidad esta tesis puede ser admisible si se tiene en cuenta que las condiciones de la administración de justicia en el país no ofrecen una verdadera igualdad de armas que permita presuponer, como lo hacen los sistemas angloamericanos, que al momento del juicio ambas partes tienen las mismas capacidades probatorias.

Es lo más saludable admitir que excepcionalmente el juez pueda en ciertos casos decretar pruebas, en las condiciones que se han visto, por ejemplo en España, donde si bien se siguieron los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han generado limitaciones a las posibles facultades del juez para decretar pruebas.

Entre nosotros, considero que el sistema colombiano ha adoptado un enfoque más adversarial que, por ejemplo, el alemán. En Colombia, no se desarrolló en el tribunal la obligación judicial de esclarecimiento. Y cuando me refiero a que no se desarrolló, no se trata simplemente de que no existe una norma que así lo indique, sino que la dinámica probatoria y la carga de la prueba tal y como se encuentran establecidas en el Código no están diseñadas para la intervención del juez en la práctica de pruebas.

18 BARBOSA CASTILLO. "Estructura del proceso penal, aproximación al proceso penal colombiano", cit., p. 117.

La sistemática del Código parte de un esquema probatorio dialéctico en donde la proposición y confrontación de la prueba es concebida sobre un escenario en donde se suscita una constante controversia en la que el juez se pretende imparcial y es el receptor del resultado de esa confrontación de argumentos y pruebas cuyo resultado se traduce en el fallo.

Ante tal situación en el Código no hay una dinámica de la prueba del juez, en la medida que, por ejemplo, las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio prevén una contraposición que puede verse como un simple formalismo pero que entraña una proyección adversarial de la cual depende en buena parte el desarrollo de la etapa del juicio.

De la misma manera, el momento en el cual el juez puede intervenir en la situación probatoria, de cara al juicio, es una situación que debe tener un especial análisis, pues el artículo 374 se refiere a que “toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria”.

Una intervención probatoria del juez en este sentido deberá ser excepcional y encaminada a determinar aspectos concretos que surjan de vacíos protuberantes en el juicio, que afecten los derechos de las víctimas o del procesado siempre que sean diferentes de la duda que debe resolverse a favor de éste último.

Considero que una aplicación razonada de la práctica de pruebas del juicio por parte del juez puede implicar que antes se haya agotado otra posibilidad, como es que, en primer lugar, la ausencia de prueba no pueda ser corregida por una nulidad por violación al derecho a la defensa o al debido proceso.

Ejemplo: si el juez observa que se echa de menos una determinada prueba que podría establecer un hecho favorable a la defensa, como un testimonio que corroboraría la tesis de un estado de necesidad, deberá advertir también si esa prueba estaba al alcance de la fiscalía durante la investigación y los acusadores la omitieron al momento del descubrimiento a sabiendas que de una manera u otra era posible su influencia en una causal de exclusión de responsabilidad; y si así fuera, deberá afectar el juicio con nulidad por violación al derecho a la defensa por indebida integración del descubrimiento.

Se pensaría en este caso que lo más correcto sería el practicar el testimonio sin retrotraer la actuación, sin embargo, ello no consulta con la sistemática de la prueba del Código en donde se trata de garantizar que las partes determinen cuál es “su” prueba, el alcance que se le da a la misma, así como el tiempo suficiente para preparar los interrogatorios con la misma. Cada vez que el juez de conocimiento decreta una prueba por fuera de esta esquemática, estaría omitiendo una gran parte de la normatividad del juicio, incluso aquella que sostiene que prueba ilegal es aquella que se ha practicado, conseguido o aducido con violación de los requisitos formales previstos en el

Código (art. 360). Si el juez, en aras de una verdad material y garantía de derechos fundamentales va a hacer inarmónico el Código de tal manera, será en ocasiones por completo excepcionales y que permitan establecer el postulado constitucional del artículo 228, sin que ello implique lesionar otros derechos como la defensa y el debido proceso.

VII. CONCLUSIONES

1. El Código de Procedimiento Penal colombiano plantea una verdadera modificación en el ámbito de la carga de la prueba, aunque ello no quiere decir que se adscribe a la tendencia del sistema angloamericano, ni tampoco al europeo continental; se trata de un proceso con una identidad propia que no se hace idéntica a ninguna de las dos maneras más comunes de agrupar las concepciones del proceso acusatorio. Ni el juez tiene una obligación de esclarecimiento de la totalidad de los hechos, ni tampoco se admiten inversiones de la carga de la prueba al alegar concretas causales de exclusión de la responsabilidad.

2. La preclusión de la investigación resulta ser una figura muy particular de nuestro sistema, tanto por el control del juez como por su efecto de cosa juzgada, pero en donde existe una extraña actuación del fiscal pues tiene en un momento que comportarse como un defensor frente al juez, situación en la que parecería más conveniente que los jueces interpretaran el Código de una manera amplia y con visos de garantía y permitieran que en la audiencia de solicitud de preclusión tuviera un papel protagónico el defensor.

3. La concepción de la defensa técnica en el proceso penal necesariamente tiene que cambiar, y en la actualidad no puede mirarse como una simple actividad del abogado que realiza actos de prueba y alegatos, sino como propia de un verdadero profesional de la defensa penal, que tiene una preparación del caso y conocimiento del mismo a fondo, y que le garantiza al acusado una defensa técnica completamente idónea.

4. En la etapa del juicio puede el juez, muy excepcionalmente, practicar pruebas de oficio, bajo el entendido de que el no hacerlo violaría flagrantemente la situación del procesado, de las víctimas, y alejaría la posibilidad de obtención de una sentencia justa.