



DOI: [10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18125](https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.164.18125)

Recibido el 14 de octubre de 2022

Aprobado el 1 de enero de 2023

EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN COLOMBIA: ¿VERDAD Y JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL?

DISCOVERY IN COLOMBIA: RIGHT TO TRUTH AND JUSTICE FOR VICTIMS IN CRIMINAL TRIAL?

Rafael VELANDIA MONTES*

ORCID: 0000-0003-4947-5544

Alejandro GÓMEZ JARAMILLO**

ORCID: 0000-0003-4095-168X

Ana María SOLARTE CUNCANCHÓN***

ORCID: 0000-0002-0539-8738

Resumen:

El nuevo régimen procesal penal en Colombia establecido mediante la Ley 906 de 2004 ha significado una transformación profunda de la cultura jurídica colombiana, se pasó de un sistema de tendencia inquisitiva a uno de tendencia adversativa. Así, se introdujo el descubrimiento probatorio como elemento del debido proceso y mediante el cual, en principio, el acusador debe revelar toda la evidencia que pretenda usar en el juicio. Empero, el descubrimiento probatorio tiene particularidades en cuanto a quiénes están obligados a hacerlo y cómo se cumple tal obligación. En este trabajo se examina qué es el descubrimiento probatorio y sus características mediante el examen y análisis de la doctrina, ley y

Abstract:

Colombia's new criminal procedural regime, established by Law 906 of 2004, has meant a profound transformation of Colombian legal culture since it went from an inquisitorial system to an adversarial one. Thus, discovery was introduced as an element of due process and by which the accuser must reveal all the evidence he intends to use in trial. However, discovery has particularities related to who and how must be done. This paper examines what is discovery and its characteristics. It also studies the role of victims in discovery and their relationship to the right to truth and justice. The conclusion is that discovery is an element of due process and can only be exercised by the parties. Therefore, the victim must act only

jurisprudencia, con énfasis en el derecho procesal penal colombiano. Asimismo, se indaga sobre el papel de las víctimas en el descubrimiento probatorio y su relación con el derecho a la verdad y justicia. Se concluye que el descubrimiento probatorio es un elemento del debido proceso y cuya carga corresponde al acusador y al acusado, mientras que la víctima debe actuar a través del acusador, so pena de generar un desequilibrio en el proceso penal.

Palabras clave:

Descubrimiento probatorio, Derechos a la verdad y a la justicia, Proceso penal, Derechos de las víctimas, Sistema adversativo.

through the accuser, because his direct participation would cause an imbalance in criminal proceedings.

Keywords:

Discovery, right to truth and justice, Criminal trial, Victims' rights, Adversarial system.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El descubrimiento probatorio.* III. *El descubrimiento probatorio en Colombia.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo III del libro III de la Ley 906 de 2004 de Colombia (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [CPP], del 10. de septiembre de 2004), a partir del artículo 344,¹ se estableció en Colombia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física como institución novedosa dentro de la historia del derecho procesal penal colombiano y como elemento característico de un sistema adversativo. ¿Qué y cuál es la finalidad del descubrimiento probatorio? Lord Goldsmith, antiguo *Attorney General*² de Inglaterra y Gales y de Irlanda del Norte, en los *Lineamientos sobre el descubrimiento del attorney general*, dijo al respecto:

El descubrimiento de la prueba es uno de los aspectos más importantes en el sistema de justicia criminal. La aplicación de un descubrimiento de la prueba apropiado y justo es un componente vital de un sistema de justicia criminal justo. La 'regla de oro' es que la justicia requiere que un descubrimiento completo de la prueba sea hecho respecto de todo el material en poder del acusador que debilite su caso o fortalezca el de la defensa (Peter Goldsmith, 2005, p. 1).

Con el descubrimiento, en principio, se hace referencia a la obligación que tiene el acusador “de notificar a la defensa de la evidencia³ en la que la acusación pretende basarse”, que también es nominado como “deber de proveer información por anticipado”, y de poner a disposición de la defensa “cualquier material de relevancia para el caso con el que el acusador no tenga la intención de contar ‘material no usado’” y que es llamado “deber de descubrimiento” (John Sprack, 2004, p. 137). Así, el descubrimiento corresponde al acusador, pero también se discute si la defensa debe

igualmente realizarlo, e incluso la víctima, en aras, se pretexta, de garantizar sus derechos a la verdad y la justicia.

Precisamente, y en relación con el concepto de verdad, es necesario comenzar mencionando que Colombia tenía antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 un sistema procesal penal de tendencia inquisitiva. Así, en términos generales, el sistema penal inquisitivo toma como punto de partida central que la finalidad del sistema penal, de manera más específica del proceso penal, es la búsqueda de la justicia a través del descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso concreto. En consecuencia, en este sistema se parte de la idea de que existe una realidad objetiva a la que es posible acceder mediante el empleo de los diversos medios de prueba. Empero, el concepto de verdad que se plantea es inaccesible: lo que se determina en un proceso penal como lo ocurrido es simplemente una versión de los hechos que tiene mayor credibilidad que otra, pero no puede afirmarse de manera indiscutible que se trate de la verdad. De hecho, los errores judiciales que se presentan, tanto de condena de inocentes como de absolución de responsables de comisión de delitos, ponen presente lo falible del sistema y la falta de certeza sobre la verdad como aquello decidido por el juez.

Por su parte, el sistema penal adversativo tiene como fin la justicia a través de la resolución legítima del conflicto social que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito (Mirjan Damaška, 2002, p. 26; Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 57). En este sistema no se asume, como en el sistema penal inquisitivo, un concepto de justicia como descubrimiento de la verdad de lo ocurrido en el caso en concreto, sino que se entiende a la justicia como la decisión que se toma por parte del juez frente al caso puesto a su consideración, esto es, si una persona es o no responsable penalmente, decisión que debe ser tomada respetando un conjunto de reglas y con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso por las partes. La verdad no se entiende como algo existente objetivamente, sino como algo que debe ser demostrado. Sin embargo, se le ha criticado a este sistema el olvido de la verdad con la idea de que tiene como fin la justicia a través de la resolución del conflicto social que ha surgido como consecuencia de la comisión del delito. En tal sentido, “si la meta fuera simplemente resolver conflictos, esto podría ser logrado permitiéndole al juez lanzar una moneda” (Ellen Sward, 1989, p. 304). ¿Por qué, entonces, no se permite al juez hacer esto? Porque tal sistema no sería visto como justo por los ciudadanos, que no se someterían a un sistema cuyas decisiones fueran aleatorias (Ellen Sward, 1989, p. 304). Por tal motivo, esta meta de resolución de conflictos debe ser limitada: se acepta así un sistema en el que dos partes, cada una con una versión de los hechos, concurren ante un tercero imparcial, juez, buscando, mediante mecanismos y cargas probatorias, persuadirlo cada una sobre la verdad de su versión de los hechos (Ellen Sward, 1989, p. 305). Incluso si la decisión no es favorable a una parte no significa que su versión de los hechos no sea verdad, sino que no logró convencer al juez de su veracidad (Ellen Sward, 1989, p. 305). Con esta idea, se puede afirmar que el sistema penal adversativo busca la verdad, pero entendida como relativa (aquella que puede ser probada) y no como un valor absoluto, tal y como se hace en el sistema inquisitivo.

Tanto el sistema inquisitivo como el adversativo han sido objeto de censuras importantes, lo que lleva a la cuestión de cuál de los dos sistemas es mejor. Empero, debe advertirse que estas críticas no recaen sobre sistemas puros, sino sobre sistemas con tendencia inquisitiva o adversativa:

en la realidad contemporánea no existe⁴ un sistema del que pueda predicarse que cumpla al 100% con las características de cada uno de ellos. La respuesta a la interrogante de cuál sistema es mejor, por lo tanto, será sobre sistemas de una u otra tendencias, pero no sobre sistemas puros. En este sentido, estos sistemas de tendencia inquisitiva o adversativa son objeto de críticas en común frente a cuestiones de especial importancia: errores en cuanto a condena de inocentes y absolución de culpables. Además, también se les reprocha a ambos su ineficacia, la que se atribuye a factores en principio ajenos a la configuración del proceso penal como es la sobrecarga del sistema penal debido al aumento de conductas criminalizadas⁵ y un consecuente y considerable incremento de la cantidad de procesos a cargo de fiscales y jueces en contraposición con una escasez de dinero para aumentar los recursos humano y físico del sistema penal (William Van Caenegem, 1999, p. 81). Esto ha tenido como resultado un uso discrecional del derecho penal por parte de los agentes responsables de la persecución penal (es decir, los encargados de la criminalización secundaria),⁶ que deja sin intervención estatal múltiples delitos,⁷ discreción que, a pesar de todo, no logra evitar demoras en los procesos penales en aquellos casos que sí son objeto de intervención a través del derecho penal.

Ahora, en lo que respecta a cuál de los dos sistemas es mejor debe decirse que desde una perspectiva estrictamente teórica puede afirmarse que el sistema adversativo es más garantista para el procesado que el sistema inquisitivo. Con sustento en el hecho de que no existen sistemas puros en la realidad, puede sostenerse que un sistema de tendencia adversativa es más deseable que uno de tendencia inquisitiva. Sin embargo, dos de las críticas más importantes que se hacen a los sistemas de justicia penal, condena de inocentes y absolución de culpables y la ineficacia del sistema para hacer frente a la criminalidad,⁸ no parecen depender de la configuración del proceso penal y, por lo tanto, hacen presente que tal vez la cuestión no es carácter teórico-normativo, sino práctico. Si bien el sistema procesal penal colombiano es mixto, toda vez que exhibe características de los sistemas inquisitivo y adversativo, es de tendencia adversativa, lo que explica la existencia del descubrimiento probatorio en el CPP, 1 de septiembre de 2004. En virtud de esto, en este trabajo se plantea como problema de investigación el siguiente: ¿garantiza la intervención de la víctima en el descubrimiento probatorio sus derechos a la verdad y justicia? De tal suerte, partimos de la hipótesis de que el descubrimiento probatorio es un elemento del debido proceso y que corresponde, de manera exclusiva, a las partes, acusador y acusado, llevarlo a cabo. Por ende, la víctima no debe intervenir en el proceso penal, sino exclusivamente a través del acusador, so pena de generar un desequilibrio en el proceso penal. Entonces, mediante los métodos de análisis y síntesis, a través de la técnica documental, examinaremos qué es el descubrimiento probatorio, sus características y a quién corresponde mediante el examen de la doctrina, la ley y jurisprudencia, con énfasis en el derecho procesal penal colombiano, por lo que revisaremos las decisiones que se ocupan del tema de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, por ser los órganos de cierre en Colombia de las jurisdicciones constitucional y ordinaria penal, respectivamente. De tal suerte, este conjunto de elementos será utilizados luego para reconstruir cómo debe ser entendido el descubrimiento probatorio con especial relación a la víctima. Nos ocuparemos, en primer lugar, de qué es el descubrimiento y cuáles son sus características.

II. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Debemos comenzar esta aparte indicando que el descubrimiento se entiende como un deber en el proceso penal impuesto al acusador de poner en conocimiento del acusado qué evidencia va a utilizar en el juicio y todo el material de relevancia que no pretenda usar, pero que debilite el caso del acusador o que sea favorable para el acusado (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 87). Este deber forma parte de uno de los aspectos del proceso adversativo: “reglas y principios para reducir la desigualdad de armas” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). De tal suerte, “uno de los aspectos del proceso adversativo anglosajón está dirigido hacia trasladar exitosamente la teoría adversativa en la práctica de la justicia penal” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Entonces, para hacer esto, “debe irse más allá de la igualdad formal implícita en la imagen de dos partes equiparadas en contienda por sus respectivos casos frente a un juez imparcial, debido a que una de las partes es el Estado con recursos financieros, técnicos y de información ampliamente superiores” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Si bien es posible que existan acusados con recursos económicos suficientes para hacer frente a un proceso penal la mayoría de los procesados son personas con escasos recursos económicos,⁹ e incluso para quienes posean recursos un proceso penal largo puede agotarlos (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, pp. 52 y 53), lo que se traduciría en un debilitamiento del derecho de defensa o su vulneración total.

De esta manera, el principio de igualdad de armas “busca reducir las obvias y grandes diferencias de recursos (financieros, de equipos tecnológicos, laboratorios, personal, etcétera) con los que cuenta el Estado (acusador) frente al acusado cuando acuden ante un juez con el fin de resolver la responsabilidad penal del acusado” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78), pero sin partir de la idea que se va a lograr una igualdad real entre acusador y acusado, porque ello no es cierto. A pesar de esto, la Corte Constitucional ha planteado lo contrario transmitiendo la opinión de que sí es posible conseguir la igualdad real en el proceso penal:

“Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación” (Corte Constitucional, 2005a, pp. 35 y 36).

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005:

Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (Corte Constitucional, 2005b, p. 18)¹⁰.

Y continúa en la misma sentencia:

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial (*sic.*), lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Constitucional, 2005b, p. 19).

En sentido similar, en la sentencia C-396 de 2007 sostuvo la Corte Constitucional:

Así las cosas, la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en

el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción (Corte Constitucional, 2007b, p. 36).

Continúa esta sentencia diciendo sobre la igualdad real en el proceso penal:

En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes (Corte Constitucional, 2007b, p. 36).

Así mismo, se puede leer en la sentencia C-536 de 2008 de la Corte Constitucional:

En relación con el nuevo sistema acusatorio, la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que la igualdad de armas es una característica esencial de los sistemas penales de tendencia acusatoria, en cuanto éstos sistemas tienen una configuración estrictamente adversarial (*sic*), esto es, que tanto el ente acusador como el acusado se deben enfrentar en igualdad de condiciones en materia de acusación y defensa, ante un juez imparcial que debe valorar el acervo (*sic*) probatorio para fallar (Corte Constitucional, 2008, p. 25).

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

... la estructura básica del nuevo sistema penal acusatorio se afianza en el principio de separación de funciones, de acuerdo con el cual dos partes adversarias o contendores jurídicos (fiscalía y acusado-defensor), que representan intereses disímiles, en igualdad de armas se enfrentan con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Suprema de Justicia, 2007c, p. 32).

Esta posición se reiteró por la misma corporación así:

... la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas, de acuerdo con el cual en un procedimiento de tendencia adversarial (*sic*) como el que está en vía de implementación en Colombia no cabe admitir la supremacía de una parte frente a las demás, y puesto que se estima que éstas y los intervinientes están amparadas con las mismas oportunidades de contradicción, en materia probatoria han de tener ‘las mismas noticias respecto del proceso y pueden utilizar los mismos medios de prueba (Corte Suprema de Justicia, 2007d, pp. 25 y 26).

Sin embargo, esta “noción de ‘igualdad de armas’ es apta para engañar como quiera que implica que una genuina paridad de recursos entre las partes es el objetivo deseado. En realidad, la mayoría de acusados no podrían ser equipados con suficientes recursos para igualar el aparato estatal de investigación criminal y de acusación, y ellos no deberían estarlo” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 54). De lo que se trata realmente el principio de igualdad de armas, entonces, es de “encontrar maneras para mitigar el inevitable desbalance entre los recursos del acusador y la defensa hasta lo que sea necesario hasta traducir el modelo del juicio adversativo en prácticas justas y efectivas de investigación y juzgamiento” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 52). Por

ende, lo que no se puede hacer es pretender que el acusador y el acusado tienen igualdad de medios, sino que la cuestión debe apuntar al establecimiento de “mecanismos que hagan lo menor posible tal diferencia. Entonces, el camino correcto es reconocer la existencia de esa diferencia de recursos, aceptar que es imposible hacerla desaparecer por completo y, por ende, tratar de aminorarla en la máxima medida posible” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78). Asimismo, no es adecuado referirse al descubrimiento como principio de igualdad de armas, tal y como lo hace, verbigracia, la Corte Suprema de Justicia: “En cuanto al primer aspecto el mal entendido del fiscal es craso, pues desconoce que la finalidad del descubrimiento probatorio al terminar la audiencia de acusación y durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, no es otro distinto que el de hacer efectivo el principio de igualdad de armas” (Corte Suprema de Justicia, 2007d, p. 25).

En efecto, una de las formas en las que se manifiesta el principio de igualdad de armas es a través del descubrimiento, pero no es su única manifestación (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 78), pues junto al descubrimiento probatorio también están la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el estándar de la prueba; la representación legal gratuita y la ética del acusador (Pau Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, pp. 54 a 57). De esta forma, la presunción de inocencia garantiza que el procesado siempre será considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, a él no le corresponde demostrar su inocencia. Esto se une a la carga de la prueba: le corresponde exclusivamente al acusador demostrar la responsabilidad del procesado, a éste no le corresponde demostrar nada. El estándar de prueba garantiza que el juez solo podrá condenar cuando exista prueba en el proceso que le brinde certeza más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado, en el caso de que tenga alguna duda al respecto debe absolverlo: es mejor dejar libres a cien culpables que condenar a un inocente. La representación legal gratuita garantiza el derecho de defensa en aquellos casos en los que el procesado no cuenta con los medios económicos para pagar un abogado, lo que ocurre en muchos procesos, si se tiene en cuenta el denunciado uso selectivo del poder punitivo que de manera predominante se centra en los delitos de las personas no poderosas socialmente y que no cuentan con los recursos económicos suficientes. La ética del acusador apunta a que si él tiene como función investigar y acusar a aquellas personas que hayan cometido delito, pero el ejercicio de tal función debe hacerse con “templanza y contención (encapsulado en el aforismo que dice que el acusador debe acusar no perseguir)”.¹¹ Entonces, el principio de igualdad de armas, con sus diversas manifestaciones, busca disminuir al máximo las ventajas con las que cuenta el acusador frente al acusado (Rafael Velandia-Montes, 2006, pp. 78 y 79), pero reconociendo que es imposible en la práctica lograr una real igualdad: se trata, entonces, de disminuir al máximo la ventaja con la que cuenta el acusador todopoderoso frente a un procesado en una situación de debilidad e incapaz de enfrentar debidamente a su rival. Por supuesto, en la práctica se ven casos en los que se tiene un procesado que cuenta con abundantes recursos económicos frente a un acusador que se ve débil e incapaz de procesarlo. Esto, sin embargo, no debe significar que se deben disminuir las garantías procesales del procesado, porque, de hecho, este tipo de casos, que son una minoría en el campo de acción del sistema penal, lo que ponen de presente es que las desigualdades de recursos de las partes en el proceso penal deslegitiman socialmente al sistema penal y contribuyen a generar la sensación de injusticia.

Entonces, podemos decir que el descubrimiento probatorio es un instrumento integrante del principio de igualdad de armas y que debe ser entendido, en principio, como una carga impuesta al acusador, mediante un acto complejo compuesto por dos elementos: el primero consiste en la obligación de informar a la defensa sobre la evidencia que servirá de sustento a la acusación en el juicio y el segundo, en el deber de poner a disposición de la defensa cualquier material de relevancia obtenido durante el desarrollo de la investigación que el acusador no tenga la intención de emplear en el proceso y que razonablemente sea considerado capaz de debilitar el caso del acusador en contra del acusado o asistir el caso del acusado, deber de descubrimiento en estricto sentido.¹²

Además, si bien en principio el descubrimiento probatorio ha sido visto como una herramienta del principio de igualdad y, en consecuencia, ha sido establecido en favor del acusado, también se ha establecido un descubrimiento a su cargo, que consiste en informar, en los mismos términos que el acusador, qué evidencia pretende usar en el juicio. Este descubrimiento del procesado tuvo una de sus manifestaciones en la década de los setenta del siglo pasado con dos decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Williams v. Florida* (U.S. Supreme Court, 1970) y *Wardius v. Oregon* (U.S. Supreme Court, 1973), que abrieron el camino para la reciprocidad en el descubrimiento (Rober Mosteller, 2002, p. 535). En Colombia existe este deber para la defensa, que se expone así:

En términos generales, el descubrimiento corresponde a un proceso de doble vía en el que tanto la Fiscalía como la defensa de forma previa al juicio informan, entregan, exhiben o facilitan el acceso a la contraparte a los medios de convicción que emplearán para soportar su propuesta acusatoria o defensiva, respectivamente, con la salvedad que el proveniente del órgano fiscal debe ser integral, incluso si favorece a la defensa, carga que como es obvio, por virtud del principio de no autoincriminación no se impone a ésta última (Corte Suprema de Justicia, 2011a, p. 15).

En sentido similar:

... es un acto en virtud del cual los sujetos procesales, Fiscalía y defensa, se ven apremiados, en desarrollo de los principios de lealtad, equilibrio e igualdad de armas que precisa el sistema procesal acusatorio, a dar a conocer, exhibir y mostrar a la contraparte, aquellos elementos de juicio sobre los cuales soportarán su teoría del caso, entendida ésta como la definición de la estrategia en punto de los propósitos de una actuación particular” (Corte Suprema de Justicia, 2011b, pp. 10 y 11).

Vistos, entonces, el descubrimiento probatorio, el principio de igualdad de armas y la relación existente entre ellos, nos ocuparemos del descubrimiento probatorio en Colombia y los sujetos responsables del mismo.

III. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN COLOMBIA:

1. A cargo del acusador:

Lo primero que debe acotarse es que son características del mismo las siguientes:

...es de la esencia del sistema penal acusatorio; está sustentado en los principios de igualdad lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad; es uno de los actos procesales más significativos para el ejercicio del derecho de defensa, en su componente de contradicción; determina el marco del debate probatorio a materializar en el juicio oral; es un proceso de doble vía y en el caso de la Fiscalía debe ser integral; pretende evitar el sorprendimiento (*sic.*) al opositor; hace parte del debido proceso probatorio; repercute seriamente en el derecho de defensa; el correcto ejercicio del contradictorio depende de un adecuado descubrimiento probatorio (Corte Suprema de Justicia, 2022, pp. 18 y 19).

Entonces, el descubrimiento probatorio solo comienza a partir de la presentación del escrito de acusación y, por ende, no hay ningún deber en tal sentido para el fiscal en la etapa de investigación: ... “ya que la etapa investigativa de la fiscalía es preparatoria para el juicio, la obligación de descubrimiento sólo opera concreta a partir de la formulación de acusación y no puede hablarse de ocultamiento de pruebas, cuando es lo cierto que por estas sólo se asumen las practicadas en el juicio probatorio” (Corte Suprema de Justicia, 2007b, p. 39).

De esta manera, el escrito de acusación debe incluir, entre otras cosas, el descubrimiento de las pruebas, mediante un documento anexo que deberá contener, de acuerdo al CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 337, los siguientes elementos:

- Los hechos que no requieren prueba.
- La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo
- El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
- Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
- La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
- Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
- Las declaraciones o deposiciones.

Fíjese que en este escrito están incluidos la evidencia en la que la acusación pretende basarse (deber de proveer información por anticipado) y el material de relevancia para el caso que el acusador no vaya a emplear y que debilite su caso o fortalezca el de la defensa (deber de descubrimiento en estricto sentido). Así: “... el descubrimiento probatorio, conforme a disposiciones constitucionales y legales, tiene el carácter de un deber. Por eso, la Corte ha dicho que, en virtud de ese deber, a la Fiscalía no le está permitido ocultar ningún dato a la defensa, por insignificante que le llegara a parecer y con independencia de las pruebas que finalmente decida solicitar” (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 19).

Ahora, este primer momento del descubrimiento hace parte del deber de proveer información por anticipado, es decir, cuando “la defensa se entera sobre qué va a versar la acusación y cuáles son los elementos de convicción que apoyan los cargos, instante a partir del cual la defensa técnica empieza la tarea propia de la labor a él encomendada” (Corte Suprema de Justicia, 2008, p. 13).

Un segundo momento del descubrimiento, es decir, el deber de descubrimiento en estricto sentido se da cuando:

No obstante, el conocimiento formal de la acusación que por escrito presentó la fiscalía ante el correspondiente juez de conocimiento, se materializa en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, luego de disponerse por parte del juez “el traslado del escrito de acusación a las demás partes” (artículo 339) y agotados otros ineludibles pasos, se verifica el segundo momento que la ley ha previsto para el “descubrimiento de la prueba”, instante en el que, según lo dispuesto en el artículo 344, es la defensa quien en primer término y si a bien lo tiene, goza del derecho a solicitar al juez “que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física”, evento en el cual se constituye en una obligación por parte de la fiscalía proceder a cumplir el descubrimiento solicitado por la defensa y ordenado por el juez (Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 13 y 14).

Además, corresponde al acusador descubrir los elementos que debiliten su caso o fortalezcan el de la defensa:

Distinto es que si en el curso de su investigación, la fiscalía encuentra elementos de juicio que puedan ser útiles a la teoría del caso de la defensa, está en la obligación, en el marco de los principios de transparencia y lealtad, a descubrirlos, exhibirlos o entregarlos a su contraparte, lo que no deriva en compromiso suyo por presentarlos dentro del juicio oral, por lo que si la defensa no lo solicitó —como carga que le compete para desvirtuar la acusación—, tales elementos no se traducen en pruebas a efectos de la decisión final tomada por el juez (Corte Suprema de Justicia, 2014c, pp. 9 y 10).

Sin embargo, es posible que en este segundo momento el acusador ejecute el deber de proveer información por anticipado, si omitió mencionar evidencia en el escrito de acusación, y adicionalmente el deber de descubrimiento en sentido estricto:

Así, en un primer momento, incumbe a la Fiscalía presentar entre los anexos que acompañan el escrito de acusación una relación detallada —no exhaustiva necesariamente—¹³ de los elementos materiales probatorios y evidencia física que soportan los cargos —artículo 337.5 de la Ley 906 de 2004—, los que luego son expresamente descubiertos —informados, entregados, exhibidos según sea el caso— a la defensa en la audiencia de formulación de la acusación o dentro de los tres (3) días siguientes —artículo 344 *ibidem*— (Corte Suprema de Justicia, 2011a, pp. 15 y 16).

Así mismo, durante la audiencia preparatoria se dará un tercer momento del descubrimiento:

La audiencia preparatoria es otro de los momentos esenciales para el descubrimiento probatorio, que había iniciado propiamente en la audiencia de acusación. En la audiencia preparatoria (artículos 356, 357, 358 *ibidem*), el juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de descubrimiento probatorio, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto”; ii) ordenará a la defensa descubrir sus elementos materiales probatorios y evidencia física; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán estipulaciones probatorias; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los descubrimientos incompletos (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 60).

Estos tres momentos del descubrimiento probatorio, sin embargo, no son limitativos.¹⁴

Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento; ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 64).¹⁵

De tal suerte, el juez puede autorizar un descubrimiento fuera de estos tres momentos, es decir, posterior:

- i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 *ibidem*).
- ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.
- iii) Si ocurriera que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 *ibidem*) (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 55 y 56).

Empero, este descubrimiento excepcional no puede ser utilizado como medio “para purgar la «incuria, negligencia o mala fe» de la parte interesada que debido a esos u otros motivos, sin justificación razonable, no la enuncia y solicita en la oportunidad correspondiente” (Corte Suprema de Justicia, 2014a, p. 67). Es decir, el descubrimiento excepcional no se puede convertir en una etapa adicional de solicitud de pruebas.

Asimismo, el hecho de que el fiscal haya descubierto (deber de proveer información por anticipado) una evidencia, no le impone la carga de practicarla como prueba en el juicio,¹⁶ porque corresponde a su libertad como parte decidir qué quiere incluir como prueba:

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió —como carga que le compete para desvirtuar la acusación—, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final (Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 30).

Justamente, esa es la diferencia entre el descubrimiento probatorio y la enunciación probatoria:

... el descubrimiento tiene como fin informar a la contraparte de todos y cada uno de los elementos materiales probatorios que se lograron recolectar en las labores investigativas, en orden a facilitar su acceso, ya sea mediante su exhibición o su entrega física; mientras que la enunciación que se adelanta en audiencia preparatoria tiene como propósito dar a conocer cuáles de esas evidencias previamente descubiertas fueron seleccionadas por la Fiscalía o la defensa para demostrar su teoría del caso” (Corte Suprema de Justicia, 2014b, p. 15).

Por otra parte, dentro del descubrimiento probatorio no está incluida la exhibición de la evidencia, pues ésta solo procede si la parte interesada la solicita al juez:

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos

materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 61).

De tal suerte, el suministro del descubrimiento probatorio se satisface de la siguiente manera:

Se ha venido destacando la palabra “suministrar” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el proceso de descubrimiento, es deber de la Fiscalía suministrar a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga. El verbo suministrar no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal... En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de suministrar las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas: i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriéndolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado. ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos. iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva. Corresponde al juez, una vez más, velar porque el suministro, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado. Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 61 a 63).

A pesar de que el proceso penal colombiano le ha dado prevalencia a la oralidad, todavía hay actuaciones que se llevan a cabo de manera escrita, como es el caso del descubrimiento probatorio que:

... como acto complejo que es, el legislador, en el artículo 336 de la Ley 906 del 2004, ordena precisamente que lo primero que se impone es presentarla mediante “escrito”. Por su parte, el artículo 337 regula que ese “escrito” acusatorio debe ser acompañado por una serie de “documentos”, entre los cuales se encuentra “5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo” con el contenido de los elementos materiales probatorios con que cuente la Fiscalía. Así, es la ley procesal que la que exige que, en el caso concreto de la acusación, el acto se cumpla por escrito y, a la vez, que el descubrimiento probatorio se haga mediante otro escrito que debe ir anexo a aquel (Corte Suprema de Justicia, 2013b, pp. 10 y 11).

2. A cargo de la defensa

Como ya se mencionó, el descubrimiento de la prueba tuvo su origen en la garantía de los derechos del procesado a conocer la evidencia que iba a ser usada en su contra por el acusador. Sin embargo, actualmente se ha incluido para el procesado el deber de dar a conocer, en forma similar a la que hace el acusador, la evidencia que pretende usar en juicio para sustentar su teoría del caso, en el caso de que la tenga. Debe recordarse que, en virtud de la presunción de inocencia y de la carga de prueba (elementos del principio de igualdad de armas), el procesado no está obligado a presentar ninguna teoría del caso, ni a solicitar la práctica de ninguna prueba en el juicio, porque tales cargas solo las tiene como obligatorias el acusador. Es decir, la defensa puede asumir una actitud ciento por ciento pasiva y ello puede ser aceptado como un ejercicio del derecho de defensa. Empero, esto

depende del caso en concreto y de la evidencia que posea el acusador, porque en otro tipo de casos sí que es necesaria la intervención de la defensa para materializar el derecho de defensa.

En Colombia el legislador incluyó el descubrimiento de la prueba para el procesado, deber que comienza ya desde la audiencia de formulación de acusación, según lo dispone el CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 344:

Ahora bien, si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre los cuales pretende en el juicio sustentar su tesis argumentativa, en aplicación de los principios de lealtad, igualdad y contradicción, está en la obligación de suministrarlos, situación que, sin duda, dentro de la metodología que prevé la ley, da razón de ser a lo previsto en el citado artículo 344, inciso 2o., cuando consagra que en dicha audiencia también “la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales probatorios de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”, pues resultaría inadmisibles que contando la defensa con tales elementos se abstuviera de hacerlos conocer, conllevando a una clara trasgresión de los mencionados principios fundamentales sustentadores de la sistemática propia del enjuiciamiento oral (Corte Suprema de Justicia, 2008, pp. 14 y 15).

Este primer momento de descubrimiento de la prueba a cargo de la defensa estará limitado, por supuesto, a que “la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 *ibidem*), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 57). Además, en este momento, el descubrimiento también estará circunscripto al hecho de que el defensor tenga elementos materiales probatorios y evidencia física, lo cual no siempre ocurrirá (Corte Suprema de Justicia, 2008, p. 15).

Luego, la defensa tendrá en la audiencia preparatoria su última oportunidad de presentar dicha evidencia, según el CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 356, numeral 2o., y de acuerdo con el orden que en esta norma se establece, so pena de que no pueda ser considerada como tal (Corte Suprema de Justicia, 2013a, pp. 14 y 15). Así que justo cuando tanto Fiscalía y defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público se constituye en el momento en el que precluye la oportunidad para las partes de incluir evidencia, salvo que se trate de alguna de las hipótesis ya mencionadas cuando se expuso el descubrimiento probatorio a cargo del acusador, por lo que nos remitimos a tal aparte.

3. *¿Descubrimiento a cargo de la víctima?*

En principio, el CPP, del 1 de septiembre de 2004, no incluía a las víctimas como sujetos con capacidad de intervenir en el descubrimiento probatorio. Sin embargo, ello cambió con la sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional. En este fallo, entre otros puntos, se declaró: a) la constitucionalidad condicionada del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 344, “en el entendido de que la víctima también puede solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica” (Corte Constitucional, 2007a, p. 91); b) la constitucionalidad del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 356, “en el entendido de que la víctima también puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral” (Corte Constitucional, 2007a, p. 92), y c) la constitucionalidad del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 358, siempre

y cuando se entienda que la víctima puede solicitar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos (Corte Constitucional, 2007a, p. 92).

La sentencia C-209 de 2007 de la Corte Constitucional tuvo como referencia a la sentencia C-454 de 2006, que a su vez había declarado la constitucionalidad condicionada del CPP, del 1 de septiembre de 2004, artículo 357, “en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía” (Corte Constitucional, 2006, p. 56), pues el legislador incurrió en: “...una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (Artículo 229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales” (Corte Constitucional, 2006, p. 55).

Entonces, al tomar como referencia la sentencia C-454 de 2006, dijo la Corte en el fallo C-209 de 2007:

En la sentencia C-454 de 2006, precitada en la sección anterior, la Corte precisó el alcance del derecho de las víctimas a solicitar pruebas en la audiencia preparatoria regulada en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004 y concluyó que la omisión del legislador al no incluir a las víctimas dentro de los actores procesales que podían hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, era contraria a la Carta. Con el fin de examinar la constitucionalidad de esa omisión legislativa relativa, la Corte resolvió cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal? La respuesta positiva a las cuatro preguntas planteadas llevó a la Corte a concluir que en el caso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, para garantizar la efectividad del derecho a acceder a la justicia y del derecho a la verdad, a la víctima debe permitírsele (i) hacer solicitudes probatorias en la audiencia preliminar; (ii) así sea en una etapa previa al juicio; y (iii) tal posibilidad la puede ejercer directamente la víctima (o su apoderado); y (iv) sin que ello desconozca las especificidades del nuevo sistema acusatorio ni los rasgos estructurales del mismo (Corte Constitucional, 2007a, p. 86).

Empero, si bien en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se hacía mención expresa de la participación directa de la víctima, o su apoderado, en la solicitud probatoria y en lo concerniente al descubrimiento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tomaba partido por una visión distinta:

Esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía, en el campo probatorio, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa (Corte Suprema de Justicia, 2011d, p. 30).

Esto significa que para la Corte Suprema de Justicia solo la Fiscalía y la defensa pueden solicitar pruebas y las víctimas deben transmitir su solicitud a aquella para que las haga en el momento oportuno procesalmente:

De tal manera que para hacer efectiva la facultad de solicitar pruebas, la situación debe valorarse desde quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica. Por tanto, si los llamados a ese procedimiento son exclusivamente Fiscalía y defensa, es a tales partes a las cuales se impone exigir la carga del

descubrimiento probatorio en las instancias de ley. En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral (Corte Suprema de Justicia, 2011d, p. 30).

Esto, en relación con el descubrimiento probatorio, significa que:

... la víctima, previo su acceso al derecho del artículo 357 debe haber cumplido con la carga de, a través de la Fiscalía, descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, y ese acto de descubrimiento se impone cumplirlo, a satisfacción, antes de la solicitud y necesariamente ese momento tiene que coincidir con las mismas fases regladas para la Fiscalía, con la salvedad obvia de que al director de la audiencia le corresponde concederle un lapso razonable para que se entere con suficiencia de lo propuesto por la Fiscalía en la audiencia de acusación, agotado lo cual, pueda cumplir con su obligación (Corte Suprema de Justicia, 2011d, pp. 34 y 35).

En sentido similar se ratificó la Corte Suprema de Justicia: “... las facultades probatorias de la víctima como interviniente en el proceso penal reglado en la Ley 906 de 2004, deben concretarse a través del fiscal regente de la acusación, y que por lo tanto las respectivas solicitudes y descubrimiento se canalizan a través de ese sujeto procesal en los términos y oportunidades que éste debe observar” (Corte Suprema de Justicia, 2015, p. 9).

Entonces, consideramos que esta posición de la Corte Suprema de Justicia es más adecuada con la estructura del sistema procesal de tendencia adversativa implementado con el CPP, del 1 de septiembre de 2004 , y también pone presente que la solución a la situación de violación de los derechos de las víctimas en el proceso penal reside en la aplicación de la normatividad vigente y en el cumplimiento de los deberes de fiscales y jueces sobre el particular, más que en la concesión de mayores poderes de intervención en el proceso penal a las víctimas. En igual sentido, esta concesión a las víctimas no es deseable desde un punto de vista de política penal, pues ella puede ser considerada razonablemente como una aceptación tácita del sistema penal de su incapacidad para hacer frente a la criminalidad y contribuir a la percepción de inseguridad ciudadana, con todos los problemas que esto acarrea, en especial la maximización del derecho penal (Rafael Velandia-Montes, 2015, p. 238).

IV. CONCLUSIONES

El sistema adversativo brinda más garantías al procesado que uno inquisitivo, pero los dos sistemas son objeto de censura por su ineficacia frente a la criminalidad, que se refleja en la falta de procesamiento de responsables de delitos, en la absolución de culpables cuando son procesados y en la condena de inocentes, lo que permite inferir que estos problemas no dependen de la configuración del sistema penal en el ámbito procesal, sino de factores distintos, lo que hace imperativo emprender investigaciones para comprender cuál es la causa.

El descubrimiento probatorio es un elemento del principio de igualdad de armas y tiene como fin reducir al máximo posible las diferencias que hay, de manera predominante, entre el acusador, es decir, el Estado, y el procesado, pero se reconoce que es imposible lograr una igualdad real.

El descubrimiento probatorio es un deber que se impone al acusador de dar a conocer al acusado los elementos que pretende utilizar como prueba en el proceso penal. Así mismo, incluye todo material de relevancia que no pretenda usar el acusador, pero que debilite su caso o que sea favorable para el acusado.

En virtud del principio de lealtad procesal, el acusado, a través de su defensa, debe presentar al acusador qué elementos materiales pretende usar como prueba en el proceso penal, siempre y cuando pretenda ejercer el derecho de defensa, pues debe tenerse en cuenta que la defensa puede ser por completo pasiva, bajo la materialización de dos elementos del principio de igualdad de armas: la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

Los conceptos de verdad y justicia, como conceptos absolutos, corresponden más a un sistema inquisitivo. Empero, ello no significa que en un sistema adversativo no se busque determinar qué ocurrió en un caso en concreto, sino que se reconoce que ello se somete a las reglas de la lógica, en cuanto a persuasión al juez, más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad penal del acusado.

La participación de las víctimas en el proceso penal debe darse a través del acusador y no mediante la concesión de mayores poderes de intervención a ellas porque esto rompe el equilibrio del sistema adversativo: si el acusador cumple con sus deberes, se logrará la satisfacción de los derechos de verdad y justicia para las víctimas. Además, la concesión de mayores poderes de intervención en el proceso penal para las víctimas denota un desprendimiento del acusador, y por ende del Estado, de sus deberes frente a ellas, más que una preocupación sobre el particular.

V. REFERENCIAS

- BRAVERMAN, S. (2022). Attorney General's Guidelines on Disclosure. For Investigators, Prosecutors and Defence Practitioners. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005a). Sentencia C-591 de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2005b). Sentencia C-1194 de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006). Sentencia C-454 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007a). Sentencia C-209 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007b). Sentencia C-396 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2008). Sentencia C-536 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2009). Sentencia T-436 de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007a). Proceso 25920, 21 de febrero de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007b). Proceso 27108, 3 de mayo de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007c). Proceso 26827, de 11 de julio de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2007d). Proceso 28656, de 28 de noviembre de 2007.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2008). Proceso 28847, 12 de mayo de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2009). Proceso 31103, 27 de marzo de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011a). Proceso Núm. 33.844, 4 de mayo de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011b). Proceso 35186, 19 de octubre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011c). Proceso 36788, de 26 de octubre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2011d). Proceso 37596, 7 de diciembre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Decisión Penal de Tutelas (2013a). Tutela de primera instancia 66691, 9 de mayo de 2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2013b). Segunda instancia Proceso 42.315, 16 de octubre de 2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014a). Proceso 43303, 25 de junio 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014b). Proceso 43857, 30 de julio de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2014c). Proceso 43470, 22 de octubre de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2015). Proceso 45327, 9 de septiembre de 2015.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal (2022). Proceso 60433, 16 de febrero de 2022.
- DAMAŠKA, M. (2002). The Adversary System. En *Encyclopedia of crime and justice*. Joshua Dressler (ed.). Macmillan Reference.
- GOLDSMITH, P. (2005). Attorney General's Guidelines on Disclosure. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/41308526
- LÓPEZ STERUP, H. (2008). *Derecho al debido proceso –algunas consideraciones–. Manual de constitución y democracia*. Volumen I. De los derechos. 2a. ed. Ricardo Posada y Henrik López Sterup (eds.). Universidad de Los Andes.
- MCLEOD, A. M. (2010). Exporting U.S. Criminal Justice. *Yale Law & Policy Review*, 29(1). 83-164. <http://www.jstor.org/stable/41308526>
- MOSTELLER, R. P. (2002). Discovery. *Encyclopedia of crime and justice*. 2nd. Edition. Joshua Dressler (ed.). Macmillan Reference.
- ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford University Press.
- SPRACK, J. (2004). *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 10a ed. Oxford University Press.
- Sward, E. (1989). Ideology, and the Evolution of the Adversary System. En: *Indiana Law Journal*, 64, (2), Article 4.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL (1997). Resolución 240 del 28 de octubre de 1997. https://www.cnmc.es/sites/default/files/75198_o.pdf
- U.S. SUPREME COURT, Williams v. Florida, 399 U.S. 78, 1970. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/399/78/>

U.S. SUPREME COURT, *Wardius v. Oregon*, 412 U.S. 470, 1973.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/412/470/>

VAN CAENEGEM, W. (1999). *Advantages and Disadvantages of the Adversarial System in Criminal Proceedings*. Law Faculty Publications, paper 224.

VELANDIA-MONTES, R. (2006). *Deberes de la Fiscalía con relación al descubrimiento de elementos probatorios en poder de terceros en los derechos procesales penales colombiano e inglés. Prolegómenos, derechos y valores*, Universidad Militar “Nueva Granada”.
<https://doi.org/10.18359/prole.2586>

VELANDIA-MONTES, R. (2015). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, tomo I, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/view/99/191/1075>

ZAFFARONI, E. R. *et al.* (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza, España; abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios y diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Zaragoza, en el área de Filosofía del Derecho; docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, D. C. Correos electrónicos: rafaelvelandiamontes@hotmail.com y rafaelvelandia@usta.edu.co.

** Doctor en Sociología por la Universidad Autónoma Metropolitana de México; magíster en sistemas penales comparados de la Universidad de Barcelona; maestro en filosofía de la UNAM-México y abogado de la Universidad Nacional de Colombia, docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: alejandrogomezjaramillo@yahoo.com.mx.

*** Magíster en derecho Penal de la Universidad Libre, sede Bogotá; especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia y abogada de la Universidad de la Sabana, docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá. Correo electrónico: ana.solartec@campusucc.edu.co.

¹ Es evidente que ya el descubrimiento de la prueba aparece mencionado antes, en el artículo 337 del CPP del 1 de septiembre de 2004, que se ocupa del escrito de acusación, pero es en el artículo 344 en donde el legislador colombiano da desarrollo a este instrumento.

² “El *attorney general* es uno de los oficiales de la ley (law officers), junto con el *solicitor general* (que cumple, en términos generales, las funciones del *attorney general* en su ausencia, aunque también tiene funciones propias) y el *advocate general for Scotland*. El *attorney general* es nombrado por el primer ministro y tiene como funciones: 1) ser asesor legal del gobierno, bien sea a uno o los demás ministros, en asuntos legales locales, europeos o internacionales; 2) supervisar y responder ante el Parlamento inglés por el trabajo de los diversas dependencias que constituyen el Departamento de los Oficiales de la Ley; 3) actuar en defensa del interés público; 4) una variedad de funciones que incluyen asesoría al Parlamento inglés en lo que se refiere a la conducta y disciplina de sus miembros, es el líder de la Barra de Abogados, entre otras” (Rafael Velandia-Montes, 2006, p. 80).

³ El término *evidencia* se utilizará como sinónimo de elemento material probatorio y de evidencia, a menos que sea necesario utilizar técnicamente alguno de estos dos últimos vocablos.

⁴ Sin pretender hacer una afirmación definitiva en tal sentido, es razonable inferir que nunca ha existido un modelo que haya sido 100% puro.

⁵ Proceso que se debe a la aparición de una punitividad en las sociedades contemporáneas. Sobre el punto véase Rafael Velandia-Montes (2015, p. 64).

⁶ Por criminalización secundaria se hace referencia a aquella que ejecutan policías, jueces y agentes penitenciarios que, ante la imposibilidad de conocer todos los conflictos criminalizados, operan con carácter selectivo eligiendo actuar sobre ciertos conflictos. Los criterios de tal selección son elegidos por ellos mismos, pero también por empresarios morales, tales como un “comunicador en pos de audiencia como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de las minorías, etcétera”. (Eugenio Zaffaroni *et al.* 2000, pp. 7 y 8).

⁷ En Colombia es un hecho notorio que los procesos penales que reciben atención preponderante sobre los demás son aquellos en los que el procesado se encuentra privado de la libertad, por las consecuencias disciplinarias y penales para los servidores públicos que generan los vencimientos de términos procesales y la consecuente prolongación ilícita de la libertad del procesado.

⁸ Incluso cuando el sistema procesal penal es considerado exitoso ello no siempre se ve reflejado en la opinión pública, como ocurre en el caso de Chile, en donde, a pesar de tal éxito, el miedo al delito en el vecindario aumentó en los ciudadanos chilenos. Al respecto ver Allegra McLeod (2010, p. 153).

⁹ La ya citada criminalización secundaria, que opera selectivamente y en la que, sin duda, el poder punitivo del Estado se ejerce predominantemente contra quienes no tienen ascendiente en quienes lo operan.

¹⁰ No puede dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1194 de 2005, toma como referencia para estudiar el descubrimiento probatorio en materia penal elementos de otras áreas del derecho como el derecho de la competencia, lo cual es inadmisibles porque vincula dos campos del derecho que tienen finalidades, campos de acción, racionalidades, procedimientos y partes procesales

por completo distintas. Así, dijo la Corte Constitucional: “El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas ‘exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente’” (Corte Constitucional, 2005b, p. 18). Este mismo argumento ha sido repetido, sin ninguna reflexión, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-396 de 2007 (Corte Constitucional, 2007b, pp. 36 y 37); C-536 de 2008 (Corte Constitucional, 2008, p. 24) y T-436 de 2009 (Corte Constitucional, 2009, pp. 25 y 26). La misma mención se puede encontrar en la doctrina, verbigracia Henrik López Sterup (2008, pp. 144 y 145). Por último, debe mencionarse que la ampliamente citada resolución 240 del Tribunal de Defensa de la Competencia Español 1997 —hoy nominado como Comisión Nacional de la Competencia— es una decisión que resuelve un recurso en un trámite sancionatorio por infracciones al derecho de la competencia, en el que la parte investigada buscaba utilizar como prueba de exculpación un documento declarado como confidencial. El Tribunal determinó: “...no se puede olvidar que el mantenimiento de la confidencialidad afecta directamente a los denominados derechos de defensa, de modo que el principio general a establecer es que nadie pueda ser condenado en base a un documento que no ha podido ser rebatido por el mismo por haberse mantenido secreto, pero, del mismo modo y a la inversa, tampoco un documento declarado confidencial puede servir para exculpar a un interesado, ya que en el procedimiento existen otros interesados, como los denunciantes, a los que se les negaría la posibilidad de argumentar sobre dicho documento para obtener la inculpación del afectado y lograr, bien que las prácticas restrictivas de la competencia no se perpetúen en el tiempo o bien una indemnización de daños. El principio de igualdad de armas exige, pues, que se conceda el mismo trato a las partes que intervienen en el proceso” (Tribunal de Defensa de la Competencia Español, 1997, p. 4).

¹¹ “Prosecutors should ‘prosecute, not persecute’” (Paul Roberts y Adrian Zuckerman, 2004, p. 56).

¹² Sobre la relevancia del descubrimiento de material no usado es importante mencionar las palabras de la antigua *attorney general* Suella Braverman: “El adecuado descubrimiento de material no usado sigue siendo una parte crucial de un juicio justo y es esencial para evitar errores judiciales. El descubrimiento sigue siendo una de las cuestiones más importantes y complejas del sistema de justicia penal, y es prioritario para este gobierno alentar a mejorar la práctica del descubrimiento a fin de garantizar que el régimen del descubrimiento funcione de manera eficaz, justa y equitativa” (Suella Braverman, 2022, p. 4).

¹³ En sentido distinto se pronuncia la misma corte: “En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada anunciar desde el escrito de acusación, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas —si las hubiere—, los datos para la localización de los testigos de cargo y de descargo, los datos para la ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, pp. 56 y 57).

¹⁴ Aunque la Corte alcanzó a plantear una definición distinta de las etapas: “Este descubrimiento se realiza en tres etapas: la primera, a cargo de la Fiscalía quien con el escrito de acusación relaciona los elementos materiales probatorios y las evidencias con las que pretende soportar su teoría del caso, documento que puede aclarar, adicionar o corregir dentro de la audiencia de formulación de acusación en cuya sustentación se realiza el descubrimiento probatorio; la segunda, por cuenta de la defensa quien en forma discrecional puede iniciar su revelación en esta audiencia, pero es en la audiencia preparatoria en donde se le impone tal obligación; y excepcionalmente se admite un tercer estadio procesal en el juicio oral, cuando aparezca un elemento material probatorio o evidencia física ‘muy significativo, caso en el cual se debe poner en conocimiento del juez quien después de oír a las partes decide si resulta excepcionalmente admisible o si opera su exclusión’” (Corte Suprema de Justicia, 2011c, p. 9).

¹⁵ Además: “No es correcta la afirmación de los libelistas, según la cual, la audiencia de acusación es el momento exclusivo que habilita la ley para hacer el descubrimiento probatorio, pues, como se ha explicado, ese descubrimiento es un proceso que usualmente se efectúa en distintos momentos, e inclusive fuera de las audiencias, a condición de que cada parte conozca definitivamente cuáles serán las ‘armas’ que la otra utilizará para soportar su teoría del caso” (Corte Suprema de Justicia, 2007a, p. 65).

¹⁶ Esto, por supuesto, aplica por igual para la defensa.