

ACUSADO COMO TESTIGO - El ofrecimiento del testimonio del acusado puede hacerse hasta antes de las alegaciones del juicio oral

Número de radicado	:	41198
Número de providencia	:	AP6357-2015
Fecha	:	12/11/2015
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	ÚNICA INSTANCIA

«De acuerdo con el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, *«si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código»*.

De esta disposición se derivan dos opciones hermenéuticas razonables, a saber, i) que el ofrecimiento del testimonio del procesado puede hacerse hasta antes de las alegaciones del juicio oral, o bien, ii) que sólo habrá lugar a practicarlo si es descubierto y solicitado por la defensa, con la autorización del incriminado, en la audiencia preparatoria.

Sobre el particular se han suscitado pronunciamientos de la Sala que se reseñan seguidamente.

En CSJ AP, 26 oct. 2007, rad. 27.608, aunque sin mayor desarrollo argumentativo, la Corte consideró:

«Ahora, como queda claro que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio – desde luego, si se trata de presentarse en calidad de testigo, ello tiene como límite la fase probatoria de la audiencia de juicio oral, en virtud del principio preclusivo de los actos procesales –, a la fiscalía le compete la carga procesal, si desea hacer uso del interrogatorio directo, esto es, presentarlo a su vez como su propio testigo, de sustentar la pertinencia y conductencia de lo deprecado –en otras palabras, indicar adecuadamente al juez cuál es el objeto concreto de la prueba–, asunto que, a despecho de lo decidido por el Tribunal en primera instancia, sólo puede operar cuando la defensa o el acusado hagan una dicha manifestación de renuncia al derecho de guardar silencio».

Más adelante, en CSJ AP, 4 ago. 2010, rad. 33.997 proferido en sede de casación, la Corporación discernió:

«...para preservar el principio de igualdad de armas que informa el sistema acusatorio, la manifestación del procesado de acudir como

testigo no puede hacerse al capricho de él o de su defensor, pues debe sujetarse a los parámetros legalmente establecidos para desarrollar la actividad probatoria mediante las fases de: descubrimiento, producción y aducción y valoración.

(...)

...en clara aplicación del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, es dable admitir extraordinariamente el testimonio del acusado como prueba muy significativa y por lo mismo trascendente, siempre que se respete el principio de igualdad de armas, (pero) en este caso resulta diáfano que el defensor ni antes, al momento de solicitar tardíamente que PB fuera escuchado en su juicio, ni ahora, al denunciar en casación la ausencia de esa prueba, expuso alguna razón tendiente a acreditar su alcance demostrativo o incidencia en la decisión de condena...».

En esta última decisión, el asunto fue examinado desde la perspectiva de la prueba sobreviniente y, por lo tanto, se entendió que la viabilidad de practicar el testimonio del acusado no decretado en audiencia preparatoria estaba supeditada a la satisfacción de los requisitos legales y jurisprudenciales atinentes a esa categoría probatoria.

En la primera providencia, por el contrario, el problema jurídico fue abordado para colegir *«que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio».*

Lo cierto, es que el ordenamiento jurídico no ofrece una expresa y pacífica solución a la problemática, en tanto se ha sostenido que el testimonio del procesado sólo puede ser practicado en la vista pública si fue oportunamente solicitado y decretado como prueba de descargo en la audiencia preparatoria, o también que tratándose de una prueba revestida de ciertas características excepcionales que la separan de los demás medios suasorios, no está sometida a las reglas probatorias ordinarias.

Solamente resulta de pacífica y uniforme aceptación el supuesto que el incriminado puede renunciar a guardar silencio y pedir su testimonio en la audiencia preparatoria; no ocurre lo propio con la posibilidad que el acusado eleve esa solicitud como última prueba en el juicio oral, esta última situación amerita que la Sala por vía jurisprudencial precise la regla que ha de regular la situación ante la falta de concreción legislativa advertida.

En ese orden, desde ya la Sala anuncia que la solución más ajustada a las garantías de las partes e intervenientes, en especial con el ejercicio del derecho de defensa material por parte del acusado y la realización de la justicia material, es que no sólo es posible practicar el testimonio del enjuiciado cuando es solicitado y decretado en audiencia preparatoria, sino

también cuando, no habiéndose ofrecido en esa oportunidad, el procesado renuncia al derecho a guardar silencio y así lo reclama antes de agotada la práctica probatoria en el juicio oral.

2.1 El derecho a ser oído.

Inicialmente, debe precisarse que la posibilidad que tiene el procesado de declarar en su propio juicio, más que una simple facultad probatoria, es un verdadero derecho – garantía (el de ser oído), que está vinculado con el de defensa material, que le asiste en su condición de incriminado.

De acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, «*quien sea sindicado tiene derecho*», entre otros, «*a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*».

En esa lógica, se ha discernido que toda persona sometida a un proceso de índole penal tiene derecho a la defensa en sus aristas técnica y material, esta última la ejecuta de manera exclusiva y personalmente el propio procesado «*en diferentes formas y oportunidades*»¹.

El derecho a la defensa material, en el contexto del sistema penal acusatorio, tiene varias connotaciones, por ejemplo, la facultad que le asiste al procesado de presentar alegatos introductorios y conclusivos, interponer recursos, elevar solicitudes y peticiones de diferente índole, interrogar a los testigos directamente, pedir pruebas y guardar silencio o renunciar a hacerlo.

En ese sentido, la Sala ha sostenido que «*la defensa material entraña para el procesado la posibilidad de ser escuchado o de guardar silencio*»².

En el ámbito del derecho internacional, los artículos 8º y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, disponen en términos similares que toda persona tiene derecho «*a ser oída*», entre otras, «*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella*».

En desarrollo de ello, la voz del incriminado es necesario oírla en todas las etapas de la actuación, si esa es su voluntad, sin que esta garantía resulte afectada porque se abstenga de declarar, pues el silencio es un derecho del acusado.

En otros ordenamientos jurídicos de la región se ha entendido que «*el imputado, a partir del momento en que adquiere esa cualidad, adquiere*

¹ Sentencia C – 069 de 2009.

² CSJ SP, 24 jun. 2015, rad. 39.703.

también el derecho a defenderse y una de las manifestaciones de ese derecho es la de “presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración”»³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una conceptualización más amplia del aludido derecho, a partir de la cual lo ha asimilado a la noción general de la defensa material; no obstante, reconoce como elemento integrante de aquél la posibilidad que le asiste al procesado de declarar en su propia causa:

*«Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones incriminatorias por contradictorias o por falsas; **oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra»⁴.***

De lo anterior puede concluirse preliminarmente que toda persona sometida a procesamiento penal tiene el derecho, legal y constitucionalmente reconocido, de ejercer materialmente su propia defensa, una de cuyas manifestaciones es la de rendir declaración en el juicio que se promueve en su contra.

2.2 El límite legal para que el acusado ejerza el derecho a ser oído no excluye la posibilidad de que manifieste la voluntad de declarar en el juicio oral.

En el actual estado de la discusión jurídica, no se controvierte que los derechos no son absolutos ni tienen alcances ilimitados, esto es, que puedan ejercerse al punto de ocasionar perjuicio ilegítimo de los derechos ajenos y se resquebraje el ordenamiento jurídico.

Así, se admite pacíficamente que los derechos, cualquiera que sea la fuente normativa elegida para su reconocimiento, son susceptibles de ser legalmente limitados, siempre que las restricciones no se ofrezcan innecesarias, arbitrarias o irrazonables.

³ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. “Derecho Procesal Penal Venezolano”. Ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, página 96.

⁴ Informe No. 50 de 2000, caso Reinaldo Figueredo Planchart.

En esa lógica, el legislador está facultado para restringir los derechos y establecer las condiciones para su ejercicio, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional:

“...en materia de derechos fundamentales, esta Corporación ha afirmado sostenidamente que no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal”.

Así, en Sentencia C-355 de 1994, esta Corporación afirmó que “(...) si bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho”.

*En un pronunciamiento posterior, Sentencia C-578 de 1995, la Corte sostuvo que “[l]os derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”*⁵.

Con igual orientación, ya en criterio referido expresamente al derecho de defensa en el proceso penal, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último comentado de esclarecer la verdad real, y haría nugitorio el derecho también superior a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas”»⁶.

En ese orden de cosas, surge irrefutable entender que el derecho que le asiste al acusado a ser oído en su propia causa puede ser objeto de limitaciones legales, concretamente, a no ser ejercido con desconocimiento de las reglas y restricciones previstas por la Ley para su materialización.

Cabe preguntarse, entonces, si la legislación adjetiva penal consagra limitaciones expresas al ejercicio del referido derecho, o si por el contrario, el legislador se abstuvo de restringirlo.

⁵ Sentencia C – 258 de 2013.

⁶ Sentencia C – 648 de 2001.

A partir del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, se establece que «*si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código*».

La normatividad procesal en cita inequívocamente dispone que la declaración del imputado, al menos en lo que a su práctica respecta, es reputada como un testimonio y, en tal condición, en principio debería llevarse a cabo «*de acuerdo con las reglas previstas en este código*». Pero esta regla se reputa válida para las limitaciones que implican el interrogatorio y contrainterrogatorio, no así para los supuestos de la oportunidad en que debe solicitarse, a lo cual no alude el texto de la norma en comento.

Podría decirse, que el artículo 382 ibidem establece como «*medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física*», entre otros, de tal suerte que, cuando menos desde la perspectiva estrictamente normativa, no cabe duda que el dicho del procesado es una prueba y de esta manera debería entenderse que la declaración del inculpado estaría sometida a las condiciones generales de todos los medios probatorios.

Desde esa óptica, sería posible concluir preliminarmente que si la declaración del incriminado tiene la condición de testimonio, el ejercicio del derecho a ser oído que le asiste a aquél está condicionado legalmente a que sea ejercido con estricto apego a las reglas y procedimientos previstos en la Ley para la producción y práctica de todas las pruebas, cualquiera que sea su naturaleza.

No obstante, un entendimiento como el acabado de expresar para conminar a la defensa y al procesado al descubrimiento y solicitud de la prueba en la fase preparatoria exclusivamente, es una conclusión que está inmersa en supuestos incompletos y en sana lógica se convierte en una regla que no cumple las condiciones de validez requeridas para que la decisión que se adopte corresponda a lo que la justicia y el ordenamiento jurídico reclaman. Y, lo es así, porque al generalizar y unificar el trato con base en el concepto de prueba se identifican las declaraciones del testigo común y del procesado y no se contemplan las particularidades que las diferencian, como tampoco se considera el diverso ámbito de sus alcances ni el carácter de ser éste último un medio para ejercitar el derecho de defensa material por el inculpado.

La Corte Constitucional advierte que «*si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio*», pero a renglón

seguido advierte que debe estar «sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley»⁷.

No admite cuestionamiento alguno que i) no es acertado equiparar la declaración del acusado con un testigo ordinario, porque entre uno y otro existen diferencias ontológicas y jurídicas notables, y ii) la declaración que rinde el propio enjuiciado no sólo tiene la condición de testimonio (prueba), sino que también es medio de defensa judicial.

2.2.1 El testimonio del acusado como medio de prueba.

Como particularidades, el dicho del imputado en la Ley 906 de 2004 se caracteriza porque i) el juramento rendido previo a atestar, de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C – 782 de 2005, «*no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta*»; ii) el acusado puede ser interrogado, contrainterrogado y puede abstenerse de contestar las preguntas formuladas por su propio defensor, incluso, las que en desarrollo del contra interrogatorio efectúe la Fiscalía; iii) se le permite, conforme el artículo 396 de la Ley 906 de 2004 y a diferencia de los testigos comunes, presenciar el debate probatorio antes de rendir declaración; iv) no está permitida su conducción forzosa a efectos de que rinda testimonio, pues deponer o abstenerse de hacerlo es una decisión suya a la que no puede ser obligado; v) el incriminado es el sujeto pasivo de la investigación, tiene amparo de autoincriminación y derecho a la asistencia técnica.

Las diferencias advertidas entre la indagatoria (Ley 600 de 2000) y el testimonio del acusado (Ley 906 de 2004) son más procesales o formales que sustanciales o de garantías, pues en el proceso penal, en todo caso, cualquiera que sea la forma en que se nomine la versión del indiciado, éste debe ser vinculado y estar asistido por un profesional del derecho para que su versión sea libre, consciente, voluntaria, informada y asesorada, pudiendo confesar o no y guardar silencio; bajo estos supuestos, lo que se pretende es materializar dos propósitos: que la información aportada sirva como prueba y, a su vez, constituya el medio de defensa material, derecho éste que es de carácter personalísimo y sólo puede ejercer el procesado.

El testimonio que proviene de la persona sometida a juicio tiene entonces características especiales en razón de las cuales admite tratamiento jurídico diferenciado; por esas connotaciones y los alcances de los que está revestido se hace necesario darle un rito acorde para su decreto, sin que ello afecte derechos y garantías de las demás partes e intervenientes, pues más que innecesario es indispensable que el juez se informe a través del acusado de cómo ocurrieron los hechos y cuáles fueron las razones de su obrar, por lo

⁷ Sentencia C – 782 de 2005.

que su utilidad para el proceso es evidente, a mas que el titular de derecho a la defensa material es de carácter personalísimo y exclusivamente le corresponde al procesado.

Las diferencias ontológicas que existen entre los testimonios del acusado y el testigo común se manifiestan en sede de la práctica de la prueba, generando también por sus efectos y alcances la justificación de un trámite jurídico distinto, que irradia a la fase de decreto. Esta diversidad de supuestos entre las mencionadas pruebas, sustentan el trato desigual que se tolera por la Corte en esta providencia en cuanto a la oportunidad de solicitar la prueba, así como a las reglas que deben observarse para la práctica y valoración de consecuencias de la declaración del inculpado.

Las diferencias advertidas desde la óptica de las garantías ponen de presente que la única parte que se afecta por no atender su petición de ser oído cuando ésta es formulada en el juicio oral es el mismo procesado, sin que de ello se sigan consecuencias negativas para los derechos de las demás partes e intervinientes, que no pueden afirmarse sorprendidas con la declaración de la persona vinculada al proceso, cuya identidad es conocida desde la audiencia de formulación de imputación y desde este momento procesal se advierte la posibilidad que declare en el juicio oral sobre hechos concretados en esa audiencia preliminar.

Además, el imputado que acude al juicio como testigo puede ser contra interrogado y sus afirmaciones pueden ser controvertidas mediante otros medios de prueba directos, o a través de la impugnación de credibilidad o de la refutación, lo que permite agotar, entre otras exigencias, la contradicción de la prueba.

Lo expresado resulta suficiente para sostener que las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que regulan el asunto no admiten una hermenéutica a partir de la cual se excluya como ajustada a derecho la solicitud del inculpado en el juicio oral de ser oído en declaración, renunciando al derecho a guardar silencio.

Dicho de otra forma, esa declaración, conforme se sigue de lo previsto en el artículo 394 ibidem y del ordenamiento jurídico constitucional en sentido amplio, incluyendo la legislación internacional, conllevan a una interpretación sistemática y teleológica sobre el derecho del procesado a ser oído en su propia causa, emergiendo que no necesariamente hace parte del debido proceso probatorio que el testimonio del incriminado deba haberse descubierto y solicitado en la audiencia preparatoria, sustentando su pertinencia, conducencia y utilidad para obtener del funcionario de conocimiento un pronunciamiento favorable a tal solicitud probatoria.

2.2.2 El testimonio del acusado como medio de defensa.

Que el testimonio del acusado es un medio de defensa es algo que no puede negarse en el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004.

En el contexto de la Ley 600 de 2000, como se sigue del artículo 337, la indagatoria está erigida en medio de defensa, pero también se le tiene como medio de prueba.

[...]

La declaración que conforme a la Ley 906 de 2004 rinde el acusado en el juicio oral a modo de testigo reúne las condiciones sustanciales y de garantía que caracterizan la indagatoria en el sistema de tendencia inquisitiva, por lo que es posible afirmar que también aquélla tiene la calidad de medio de defensa.

En efecto, en una y otra el inculpado tiene derecho a responder los cargos, hacer constar lo que considere necesario para su mejor interés, explicar los hechos investigados, estar asistido por un defensor técnico, a que se atiendan las peticiones que surjan para la práctica de pruebas sobrevinientes y a no auto incriminarse.

Al amparo de la caracterización que se ha hecho del testimonio del acusado en la Ley 906 de 2004 se puede afirmar que ese no es el único medio de que dispone el incriminado en el proceso penal para ejercer el derecho de defensa material, sino uno de varios.

Indiscutible resulta que la defensa puede ejercitarse a través de los recursos, alegaciones, la conducta procesal, la práctica de pruebas, los interrogatorios y contrainterrogatorios, las objeciones y las impugnaciones de credibilidad, entre otras, pero junto a estas actuaciones también la ley autoriza que ese derecho se puede ejercer con el testimonio del procesado, único medio de prueba que solamente puede ingresar al caudal probatorio por voluntad exclusiva del procesado (no del defensor).

Agréguese que no puede desconocerse la importancia que tiene en el proceso penal la información que puede ofrecer el testimonio de la persona que según el acusador ejecutó la acción u omisión penal y de lo que su versión representa para el acusado de poder explicar su conducta en el juicio que se adelanta en su contra.

Es, además, el medio probatorio del que dispone el acusado para enfrentar la prueba de cargo, pues las alegaciones no son elementos probatorios mientras que su testimonio sí lo es, y también es una oportunidad para presentar sus pretensiones al Juez que ha de resolver su caso,

suministrando por esa vía su versión de qué, cómo y por qué ocurrieron los hechos por los cuales se le juzga.

Las respuestas que dé el inculpado en la indagatoria o en el testimonio (según se trate de Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) pueden dar lugar a una confesión, que debe ser libre, espontánea y ofrecida ante autoridad competente, o ser fuente para construir indicios en su contra, pero no por ello, por ser medio de prueba, no deja de ser un medio de defensa, pues sirve para registrar todo aquello que considere necesario para que se defina su responsabilidad o inocencia.

Al ser fuente de conocimiento, los datos aportados permiten el ingreso de prueba de cargo, pero simultáneamente las explicaciones pueden refutar o poner en entredicho la credibilidad de aspectos que tengan incidencia sustancial en la definición de la situación jurídica del encartado, bien para descartarla o para lograr una readecuación que traiga consigo consecuencias favorables. Esto último hace parte del ejercicio del derecho de defensa material del acusado a través de su testimonio rendido en el juicio oral.

Si no se autorizara el testimonio del acusado en el juicio oral a pesar de no haber sido reclamado en la audiencia preparatoria, resultaría restringido su derecho de defensa material con base en una interpretación formalista y no sustancial de la normatividad adjetiva; se acudiría a un criterio que le resta utilidad a los medios que pueden aportar información trascendente para resolver el problema jurídico, sin que la incorporación de esa declaración, en las condiciones en que lo entiende la Sala en esta providencia, represente un perjuicio concreto para los derechos y garantías de las demás partes e intervenientes.

Dígase que la libertad de apremio en la Ley 600 de 2000 y el juramento en la Ley 906 de 2004 no le niegan a la indagatoria o a la declaración de marras la condición de medio de defensa en ambos sistemas, pues en ninguno de los dos casos el investigado puede ser responsabilizado por no responder conforme a la verdad en aquello que lo incrimine, supuesto que no tendría comprensión por el ordenamiento constitucional si no fuese con base en el derecho que tiene el procesado a defenderse.

Por último, concurre a ratificar la importancia del testimonio del acusado como medio de prueba de significativa relevancia en el juicio oral, el hecho que la Fiscalía puede rehusar el interrogarlo al indiciado en la investigación, por lo que esa declaración en el debate oral es la única oportunidad que tiene el inculpado para dar, por su propia iniciativa y sin que a ello pueda oponerse la contraparte, su versión de los hechos objeto de juzgamiento.

2.3 El derecho a la última palabra.

Resulta relevante señalar que si bien, como quedó visto, toda persona sometida a juicio penal tiene derecho a declarar en su propia causa, dicha garantía no puede confundirse con el derecho a la última palabra de que tratan los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, legislaciones que se refieren al derecho que tiene toda persona de «*defenderse personalmente*» o «*por sí mismo*».

[...]

En efecto, el derecho a la última palabra se refiere a la oportunidad en que debe intervenir el procesado para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones procesales, entre los cuales algunos apuntan a aspectos procesales, como el de sustentar los recursos o presentar alegaciones, pero otros, tienen por objeto materializar los derechos y garantías que le corresponden como parte, por ejemplo, declarar en juicio (prueba) para ejercer el derecho de defensa material, y ejercer la contradicción personal por el acusado.

En sentido amplio, son manifestaciones del derecho a la última palabra del acusado, cuando así expresa su voluntad para intervenir, en los siguientes actos procesales, en la legislación adjetiva nacional vigente: i) es el último en intervenir en las alegaciones iniciales y **en los alegatos conclusivos** (sentido restringido), según los artículos 371 y 443 de la Ley 906 de 2004; ii) la prueba de descargo, siempre y en todo caso, se practica luego de agotada la reclamada por la Fiscalía, al tenor de los cánones 362 y 390, con excepción «*de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía*»; iii) las peticiones probatorias de la defensa se formulan con posterioridad a las de la Fiscalía; iv) en la audiencia de formulación de acusación, corresponde a la defensa, como se sigue del artículo 339, pronunciarse en último lugar sobre las posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades; v) en sede de individualización de pena, es el condenado (si lo solicita) quien interviene en último lugar para pronunciarse sobre las condiciones de todo orden del imputado.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, según la cual el derecho a la última palabra implica «*la garantía de que (el) imputado o acusado tenga la posibilidad de controvertir todas las razones o argumentos expuestos por los demás sujetos del proceso, en las oportunidades en que las normas de procedimiento prevén su confrontación, lo cual lógicamente sólo es posible mediante la intervención en último lugar en cada una de tales oportunidades*»⁸.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 1195 de 2005.

En la Ley 906 de 2004, el derecho a ser oído, además de lo expresado anteriormente, comporta la posibilidad de introducir en el juicio una prueba para ejercer el derecho de defensa (es la última que se práctica en el juicio oral), lo que representa una garantía sustancial; de esta característica probatoria carece las alegaciones finales del acusado (medio de defensa exclusivamente), éstas se presentan luego de concluida la fase probatoria y los alegatos de las demás partes e intervenientes del proceso, por lo que no pueden confundirse e identificarse las alegaciones con el susodicho testimonio.

Ciertamente, las manifestaciones efectuadas por el acusado al declarar como testigo hacen parte del caudal probatorio y deben ser valoradas en el fallo por el funcionario como testimonio, con arreglo a la sana crítica y de manera conjunta con los restantes elementos suyasosios allegados a la actuación.

En ese orden, debe el fallador explicar el mérito suyasorio atribuido a lo que en desarrollo del interrogatorio cruzado manifieste el acusado, bien para aceptar sus manifestaciones como ciertas y verdad, ora para descartarlas como consecuencia de la ponderación de la totalidad de las pruebas.

Las alegaciones, se reitera, no constituyen pruebas, son manifestaciones, ejercicios dialecticos, argumentación defensiva del acusado, dirigida a convencer al fallador de adoptar una determinada interpretación del derecho o una específica valoración de la prueba, de los hechos o de la conducta.

El testimonio del acusado, a diferencia de los alegatos del acusado, puede ser cuestionado y controvertido por la Fiscalía, quien está facultada para ejercer el contrainterrogatorio e impugnar la credibilidad del declarante, por ello, no puede afirmarse que el derecho del acusado a rendir su propio testimonio implique el ejercicio del derecho a la última palabra; distinto sucede con las alegaciones del acusado, que son las últimas en recibirse y, precisamente por constituir manifestación del referido derecho, no pueden ser impugnadas, debatidas, censuradas ni criticadas por las demás partes e intervenientes.

La voz del procesado, si así lo quiere éste, es la última que escucha el juez antes de fallar, después de agotado el debate probatorio y las alegaciones del Fiscal, la defensa técnica, el Ministerio Público y el apoderado de la víctima. Ese acto en el que el enjuiciado asume personalmente su defensa no puede ser controvertido sino por quien administra justicia en la sentencia que profiera, dada la naturaleza y alcance de dicha garantía.

Claro, pues que el derecho que le asiste al acusado de rendir su propio testimonio no constituye una arista o manifestación del derecho a la última

palabra (en sentido restringido o entendida como alegaciones finales); por lo tanto, no puede suponerse atendiblemente que la garantía de este derecho deba conducir a enervar los pilares estructurales del sistema procesal aplicable a la actuación o a subvertir los principios que le subyacen, como tampoco entonces que se vea vulnerado por no permitir al acusado ofrecer su testimonio en cualquier momento con desapego del debido proceso probatorio establecido para el testimonio común.

2.4 Sobre la igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes.

Ha dicho la Sala que «cuando el sistema jurídico colombiano migró de un modelo mixto de tendencia inquisitiva a uno de naturaleza adversarial modificó, no sólo la dinámica y formas del enfrentamiento sino que además cambió los marcos de intervención de los contendientes»; en esas condiciones, «adoptó un esquema de paridad de armas, dotando a cada una de una variada gama de posibilidades para realizar su labor, de cara a los roles y expectativas procesales»⁹.

Así las cosas, es un principio del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, «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”»¹⁰.

En similar sentido, ha sostenido la Corporación en cita que «en términos generales, el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias: en primer lugar, implica que los actores del proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio».

El principio de igualdad de armas se predica no sólo en protección de la defensa y el acusado sino también de la Fiscalía, en tanto todos ellos deben acudir al proceso en igualdad de condiciones, y está vinculado con el debido proceso probatorio, que busca garantizar que las partes tengan las mismas exigencias y cargas respecto de la solicitud de la prueba.

En materialización de ello, en principio el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal dispone que «**toda prueba – de cargo o de descargo,**

⁹ CSJ AP, 30 abr. 2014, rad. 43.490.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C – 591 de 2005.

anota la Sala – *deberá ser solicitada o presenta en la audiencia preparatoria».*

En esa comprensión, podría pensarse que admitir la práctica del testimonio del incriminado aun cuando no fue solicitado en la preparatoria comportaría el quebrantamiento del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, y pondría a la Fiscalía en desventaja respecto de su contraparte.

Pero tal conclusión no sólo desconocería las desigualdades ontológicas y jurídicas del testimonio común y el del acusado, como ya se dijo, sino que estaría cimentada en una comprensión equivocada del principio enunciado como título de este aparte, que no puede entenderse ni aplicarse en términos formales sino materiales, lo que habilita considerar que para lograr la anhelada igualdad del acusado y la Fiscalía en derechos, obligaciones, oportunidades, información y conocimientos sobre el problema a dilucidar, se debe admitir que el acusado una vez se haya enterado de la totalidad de los contenidos probatorios y no antes, pueda renunciar a guardar silencio y solicitar ser oído en el juicio oral a su propia conveniencia e interés.

En efecto:

*«El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial **las facultades en cuanto al material probatorio a recabar**, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, **como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo**. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que **las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa**, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador»¹¹.*

Si ello es así, resulta comprensible que en favor del procesado existan ciertas prerrogativas encaminadas a equiparar su posición en el litigio en relación con el acusador, tales como la presunción de inocencia, la no auto incriminación, la última palabra, la posibilidad de acudir a investigadores

¹¹ Sentencia C – 536 de 2008.

no vinculados con el Estado, de tener un traductor en caso de necesitarlo o disponer de tiempo razonable para preparar su defensa, el in dubio pro reo, la carga de la prueba en cuanto al delito y la responsabilidad, a no derivar del silencio prueba de cargo, a solicitar su testimonio una vez conozca los resultados de las pruebas pedidas a instancia de la fiscalía y la defensa, entre otras.

Las citadas prerrogativas de índole sustancial y procesal, no comportan desequilibrio, sino la igualación real, que no simplemente formal, de las partes que concurren al proceso.

Entonces, mal podría afirmarse que permitir al acusado rendir testimonio en su propia causa comporta la vulneración o transgresión del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes, incluso si esa prueba no fue solicitada en la audiencia preparatoria, pues ello constituye un derecho cuyo ejercicio propende por equiparar en términos reales la posición de las partes, a ejercer plenamente la defensa, es ese el medio de prueba a partir del cual el incriminado puede personal y directamente controvertir la prueba de cargo allegada en su contra y suministrar datos que sirvan de soporte probatorio a la sentencia.

No se advierte que acoger dicha posición hermenéutica, implique un perjuicio real para la Fiscalía o un menoscabo de las garantías procesales de las que goza en condición de sujeto procesal.

Si el enjuiciado ofrece su testimonio en la vista pública, subsisten para la acusación múltiples posibilidades y mecanismos para ejercer a plenitud sus derechos, en concreto, i) el ejercicio del contra interrogatorio, en desarrollo del cual puede controvertir las afirmaciones exteriorizadas por aquél; ii) la impugnación de credibilidad a través de entrevistas y declaraciones previas, conforme lo señalado en los artículos 347 y 403 de la Ley 906 de 2004; iii) pedir la práctica de pruebas sobrevinientes, si de la declaración del acusado se deriva este supuesto; iv) objetar las preguntas efectuadas por la defensa si las considera contrarias a la técnica del interrogatorio; v) como quiera que el acusado está autorizado para escuchar y percibir la práctica de las demás pruebas, tiene la posibilidad de confrontarlo con su contenido.

2.5 Sobre el descubrimiento probatorio.

El descubrimiento probatorio, tiene dicho la Sala, es expresión del debido proceso y el derecho a la defensa, se pretende que las partes conozcan anticipadamente los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser sorprendidos en el juicio oral con medios de los que el contradictorio se vería afectado por no haberse enterado de su contenido antes.

Es por ello que, a efectos de evitar que cualquiera de las partes resulte sorprendida, afectada en sus derechos y garantías, menoscabada en sus posibilidades probatorias o perjudicada en la demostración de su teoría del caso, el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 prevé que *«los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio»*.

Lo anterior permitiría suponer que el testimonio del acusado no puede ser practicado en la vista pública si no es oportunamente descubierto por la defensa en la oportunidad procesal pertinente.

No obstante, así como existen razones - que ya fueron esbozadas - para sostener que la práctica de esa prueba no está limitada por el cumplimiento del debido proceso que se demanda para otros medios, en lo que a la solicitud de su decreto respecta, la Sala también encuentra motivos que permiten concluir que la omisión de descubrimiento en la audiencia preparatoria no puede llevar a afirmar que la declaración del enjuiciado debe negarse.

Se insiste en que el descubrimiento probatorio tiene como propósito garantizar que ambas partes conozcan con antelación al juicio y al decreto de las pruebas los medios de conocimiento con los que cuenta su contraparte, con el objeto de que ninguna de ellas resulte sorprendida con la práctica de pruebas que desconoce:

«...para evitar sorprender al opositor y garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, las partes tienen el deber de descubrir los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que hubiesen recaudado y que pretendan hacer valer en el juicio»¹².

Sucede, sin embargo, que la práctica del testimonio del acusado, si no fue descubierto en la preparatoria, no tiene la capacidad, desde ninguna perspectiva, de sorprender a la Fiscalía, de ponerla en una situación de incertidumbre probatoria, por la razón sencilla de que la identidad del procesado es conocida para todas las partes e intervenientes desde los albores del proceso y, en tal virtud, siempre será posible para la acusación prever la posibilidad de que su declaración se reciba en juicio, así como anticipar el posible contenido y alcance de esa prueba.

Es la propia Fiscalía la que a través de la imputación, primero, y de la acusación, después, la que fija los hechos jurídicamente relevantes para la

¹² CSJ AP, 24 jun. 2015, rad. 44.491.

investigación, que constituyen el marco del juzgamiento, y es esa situación fáctica sobre la que puede ocuparse el imputado en su testimonio como tema de prueba, de acuerdo con el artículo 375 de la Ley 906 de 2004. Las expresiones del acusado que caigan en el campo del derecho de defensa material no autorizan al fiscal o a los demás intervenientes a reclamar sorprendimiento y afectación de sus derechos, dada la condición personalísima que tiene esa garantía.

El acusado también puede al atestar referirse a las demás pruebas practicadas, porque las ha presenciado, pero como la Fiscalía también conoce el resultado del debate probatorio hasta ese punto, pues ha participado del mismo, tampoco por esa vía su declaración podría resultar sorpresa para el ente acusador, supuesto previsible para los demás intervenientes.

Las preguntas que efectúe el defensor en ejercicio del interrogatorio directo y que no respondan a criterios de pertinencia, esto es, que no estén relacionadas con los hechos juzgados, la identidad de los responsables, la credibilidad de los testigos o a cualquiera circunstancia que sirvan para hacer más o menos probable la ocurrencia del delito, podrán ser objetadas por la contraparte, por lo que subsiste para ésta la posibilidad de evitar el sorprendimiento mediante respuestas del todo ajena al objeto de debate. No podrán objetarse argumentos que el acusado enuncie y que correspondan a actos defensivos del procesado.

Por lo tanto, no se advierte que respecto del testimonio del acusado resulte necesario el acatamiento del deber de descubrimiento probatorio, en un momento diferente a aquel en que se solicitó.

Acerca de la conducción y utilidad del testimonio del procesado, bajo los supuestos señalados, resulta obvio que este órgano de prueba es por su condición uno de los llamados a referir en detalle las circunstancias del acontecimiento delictivo que dio lugar al adelantamiento del proceso penal.

2.3 Conclusión.

En suma, limitar el derecho del acusado a ser escuchado en su propio juicio solamente cuando así lo solicite en la audiencia preparatoria, comporta la ruptura de la estructura del proceso de tendencia acusatoria, la violación de principios, valores y argumentos de lógica que le subyacen a ese sistema de juzgamiento, como ha quedado explicado, resulta ser esa una interpretación arbitraria por lo innecesaria, inútil e irrazonable, dado que la ponderación de sus efectos deja un resultado únicamente negativo para el procesado, pues no media afectación sustancial para las demás partes e intervenientes.

Como se adelantó, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, que regula la intervención del acusado y el coacusado como testigos, no regula de manera inequívoca el tema y no permite inferir cuáles son las condiciones en que dichas pruebas pueden practicarse y, específicamente, si deben o no ser solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria para tal efecto.

Igual podría afirmarse de lo consignado en los artículos 8° y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, en tanto no establecen, al menos con claridad, si el derecho reconocido al acusado de hablar en su propia causa tiene limitaciones temporales o procedimentales de alguna índole.

En ese contexto, adquieren absoluta relevancia las reglas interpretativas previstas en el artículo 29 del primer instrumento citado, conforme la cual ninguna disposición convencional *«puede ser interpretada en el sentido de... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados»*.

Esta Sala ha acogido dicho criterio para afirmar la vigencia de *«el principio pro homine, conocido igualmente como cláusula de favorabilidad o favor rei en la interpretación de las normas a que aluden los tratados de derechos humanos»*¹³

De ahí que, ante la escasa claridad que ofrecen las disposiciones relevantes, que admiten posibilidades hermenéuticas disímiles y excluyentes, la ambigüedad debe necesariamente resolverse acogiendo el criterio que garantice con la mayor amplitud posible el ejercicio y la materialización de esa garantía.

Ello resulta especialmente trascendente para la resolución del problema jurídico que aquí se examina, no sólo porque el artículo 93 de la Carta Política atribuye a los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Gobierno que se ocupan sobre derechos humanos carácter prevalente en el ordenamiento vernáculo, sino también porque el artículo 3° de la Ley 906 de 2004 expresamente dispone que *«en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia»*.

La naturaleza adversarial del sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 no implica la desaparición de la justicia material como fin de la investigación y el juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría violación de la Carta Política, que establece como fines del Estado la

¹³ CSJ AP, 1° oct. 2009, rad. 32.634.

construcción de un orden social justo y como propósito de las autoridades públicas «*proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*»¹⁴.

Así lo ha admitido la Sala, que en vigencia del más reciente Código de Procedimiento Penal ha sostenido que «*el derecho de defensa como mecanismo para la realización de la justicia y base fundamental del Estado de derecho, ha de estar presente en toda la actuación*»¹⁵.

Manifestaciones concretas de ello lo son, por ejemplo, el principio de objetividad que, conforme el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, debe regir la actuación de la Fiscalía, así como la facultad que tiene ésta de reclamar la absolución perentoria cuando, según se desprende del artículo 442 ibídem, «*terminada la práctica de las pruebas... resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación*».

Lo anterior, pues la conducta del ente acusador, aun cuando concurre al proceso como parte para sustentar ante un funcionario imparcial una pretensión propia y parcializada, no puede, en condición de autoridad pública, desligarse de los fines del Estado constitucionalmente reconocidos.

En ese orden de ideas, no resulta admisible que el testimonio del acusado que no fue decretado en audiencia preparatoria puede percibirse como una determinación contraria a la estructura del proceso, pues lo cierto es que ello en últimas constituye una herramienta para el esclarecimiento de la verdad real y la realización de la justicia material, como que a partir de esa declaración puede obtenerse información relevante para la correcta solución de la controversia.

Así, aunque del análisis efectuado en precedencia se advierte que existen varias y sólidas razones para sostener cualquiera de las tesis en conflicto, con base en criterios que no se oponen a la legalidad del debido proceso probatorio, como la de proporcionalidad, necesidad, utilidad, corrección de actos procesales para obtener justicia y equilibrio en el ejercicio de derechos y obligaciones, la Sala precisa en esta oportunidad que el testimonio del acusado puede solicitarse y practicarse siempre hasta tanto no se haya clausurado el debate probatorio, incluso si no fue pedido y decretado en la audiencia preparatoria.

Acoger esta postura i) se aviene en mayor medida a los criterios hermenéuticos constitucionalmente admitidos para situaciones que involucran a personas sometidas a procesamiento penal; ii) garantiza la

¹⁴ Artículo 2º Superior.

¹⁵ CSJ SP, 28 nov. 207, rad. 27.518.

indemnidad y materialización de los derechos del incriminado a la defensa material; iii) no comporta lesión ni menoscabo a los derechos de la contraparte; iv) contribuye en mayor medida a la realización de la justicia material».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 29 y 93

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, art. 6

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 8

Ley 906 de 2004, arts. 339, 346, 347, 362, 374, 371, 382, 390, 394, 403 y 443

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 26 oct. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 4 ag. 2010, rad. 33997, y CSJ AP164-2015.