



Valoración de la Prueba en el Proceso Penal

RICARDO INFANTE PINTO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD POSGRADOS DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2016



Valoración de la Prueba en el Proceso Penal

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN PROCEDIMIENTO PENAL,
CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR.

RICARDO ANTONIO CITA TRIANA
PROFESOR TUTOR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD POSGRADO DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
DICIEMBRE 3 DE 2016

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL¹

Ricardo Infante Pinto²

Resumen. En vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio, Ley 906 de 2000, la Investigación Penal en Colombia, tuvo un vuelco total, renovando los viejos estatutos legales, de sistemas mixtos y con prevalencia de inquisitivos, veamos, el decreto 0050 de 1987, Ley 2700 de 1981, Ley 600 de 2000, diferentes al del hoy que corresponde a una legislación modernista, evolucionista, enmarcada a respetar y garantizar los derechos fundamentales de los investigados que a través de pruebas reales, legales y no de indicios³, como se señalaron en las legislaciones procedimentales antes mencionadas, hace que los intervinientes en el proceso penal sean tratados con el respeto debido, salvaguardándose a la dignidad humana, su libertad, presunción de inocencia, su dignidad, igualdad de condiciones, con pleno derecho a conocer y controvertir las pruebas, a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral, en el incidente de reparación integral, y, las que se practiquen en forma anticipada.

Con el SPOA, se garantiza una verdadera inmediación⁴, toda vez que se estimaran y se tendrán como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concertada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, susceptibles de doble instancia, advirtiéndose la cláusula de exclusión⁵, toda vez que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación penal.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, valoración de la prueba, pruebas ilegales, pruebas ilícitas, Carga de la prueba.

¹ Proyecto de investigación para obtener el título de especialista en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia militar, fue iniciado el mes de enero de 2016.

² Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada 1998. Estudiante de la Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar. Correo electrónico. Ricardo.infante63@gmail.com.

³ Medio de prueba regulada en los derogados decreto 0050 de 1987 y ley 2700 de 1981.

⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 16.

⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 23.

Abstract: In force of the system Criminal Oral accusatory, Law 906 of 2000, the criminal investigation in Colombia, had a roll total, renewing them old statutes legal, of systems mixed and with prevalence of inquisitive, look decrees 0050 of 1987, Law 2700 of 1981, different to the of the today that corresponds to a legislation modernist, evolutionary, framed to respect and ensure the rights fundamental of them investigated that through tests real , legal and not of signs, as is pointed out in them legislation procedural before mentioned, makes that them involved in the process criminal are treated with the respect due, safeguarding is to the dignity human, his freedom, presumption of innocence, his dignity, equality of conditions, with full right to know and controvertir them tests, to intervene in his training, both which are produced or incorporated in the trial oral, in the incident of reparation, and that practice in advance.

With the SPOA, is guaranteed a real immediacy, every time that they estimated and will have as a test which has been produced or incorporated in public, oral, concerted and subject to confrontation and contradiction to the judge's knowledge, likely to double instance, warning is it the exclusion clause, since all evidence obtained in violation of the fundamental rights shall be null, by what should be excluded from the criminal action. (Sentence C-591 of the 9 of June of 2005.) It said its constitutionality the exclusion clause.)

KEYWORDS: law criminal, valuation of the test, tests illegal, evidence illicit, load of the test.

1. INTRODUCCIÓN

En la investigación judicial, La Prueba, es un factor fundamental en cada uno de los estadio del proceso penal, razón por la cual debemos tener de presente cual debe utilizarse en cada uno de ellos, no obstante, es claro que las pruebas en nuestro actual Sistema Penal Oral Acusatorio SPOA, los Elementos Material Probatorio y Evidencia Física, adquiere tal calidad en la preparatoria y son debatidas y

controvertidas en el juicio oral. Pero que ocurre con la etapa de la investigación, frente a la inferencia razonable cuya aplicación para la formulación de imputación, probabilidad de verdad para el evento de la formulación de la acusación y el conocimiento más allá de toda duda que se debe aplicar para la sentencia condenatoria, los cuales permiten identificar la aplicación de conceptos como el de probabilidad en el actual sistema.

Para ello, se plantearán tres capítulos que se desarrollarán de la siguiente manera: en el Capítulo I: se realizará un breve estudio sobre la Duda Razonable, la Presunción de Inocencia y la Prueba en el Derecho Penal Garantista conforme al actual Sistema Penal Acusatorio. En el segundo se estudiará la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Colombiano a partir de la Constitución de 1991. Y del tercer capítulo desarrollará los medios probatorios en la actual legislación penal.

2. METODOLOGIA

Con el fin de cumplir los objetivos que se señalaron en el pre-proyecto de este trabajo, y, frente a una metodología de investigación cualitativa, se obtendrá por resultado que la Prueba, cosa material, hecho, suceso, razón o argumento con que se prueba o que se intenta probar que un hecho punible, de una determinada manera y no de otra sucedió y como acción de ese suceso, demostrar que fue alguien que lo realizó. Es por ello que se hace imperioso delimitar los conceptos de Elemento Materiales Probatorios y Evidencia Física frente a la necesidad, conducencia y pertinencia en el juicio. Para desarrollar este escrito y poder concluir que (i) Las pruebas en el proceso penal ofrecen garantía jurídica y (ii) con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas allegadas, debatidas y controvertidas en el proceso penal se obtiene la verdad real de los hechos.

RESULTADO

I. Duda Razonable

En el derecho penal moderno para condenar a una persona no basta con que el juez tenga el conocimiento de que la persona es culpable de un delito. Sólo la podrá condenar si puede probar más allá de toda duda razonable que fue quien cometió dicho delito, la absolución por el beneficio de la duda no implica afirmar que el imputado no es autor del hecho principal objeto de acusación, lo que sería una manera de que el hecho no existiera con respecto a él.

Es así como nuestro sistema procedimental penal⁶, en su artículo 381 establece que para condenar a una persona como autora de un delito, se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Conforme lo anterior, luego de debatidos y controvertidos las pruebas dentro del Juicio oral, el juzgador en su quehacer jurídico está obligado a establecer la verdad real y sin generar duda por lo cual debe ir mas allá de toda razonable para fundamentar su juicio, ni emitir fallos contradictorios a la prueba emitiendo en sus decisiones, siendo estas acordes, lógicas, firmes y armonizables con la prueba objeto de un profunda, y sensato análisis. Pues La evidencia que está más allá de la duda razonable es el estándar de evidencia requerido para validar una condena criminal en la mayoría de los sistemas acusatorios.

En nuestro sistema penal, el Fiscal tiene la carga de la prueba y se le exige probar su versión de los hechos conforme este estándar. Esto significa que la proposición que es presentada por la fiscalía tiene que ser probada en la medida en que no podría haber ninguna duda razonable en la mente de una persona razonable

⁶ Ley 906 de 2004

sobre si el acusado es o no culpable. Todavía puede haber una duda, pero sólo en una medida que no afectaría la creencia, de una persona razonable, acerca de si el acusado es o no culpable. Más allá de la sombra de una duda es a veces utilizado como duda razonable, pero esto extiende más allá el último, a una dimensión en que puede ser considerado un estándar imposible. El término "duda razonable" es por lo tanto el usado.

Como lo establece el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal,

“Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

Los principios que rigen el sistema penal acusatorio, como son el objeto del proceso penal, el sistema de valoración de las pruebas, la carga de la prueba y la presunción de inocencia, la exclusión de la prueba ilícita y, por supuesto, el principio de convicción del tribunal para obtener una sentencia condenatoria en el procedimiento. Por lo que se concluye que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

a. Presunción de inocencia.

Bernal, (2008), trata sobre la presunción de inocencia como principio integrador del debido proceso constitucional. Expone que esta presunción se encuentra reconocida en el inciso 4º artículo 29 C.P., mandato por el cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”; argumenta que el sujeto a quien posiblemente deba imponérsele una sanción se presume inocente, a menos que exista pruebas fehacientes que demuestran lo contrario.

Así mismo manifiesta, que presumir algo es suponer que existe y que es indiscutible aunque no se encuentre probado. Luego la presunción consiste en un juicio del constituyente o del legislador, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal

con el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. La presunción de inocencia impone la carga de la prueba a quien acusa, señaladamente a los órganos estatales que cumplen esta función. La labor de estos órganos consiste en demostrar, sin que quede ningún atisbo de duda, que el acusado es responsable del hecho que se le imputa y que, por tanto, se hace merecedor de la sanción prevista en el derecho.

“La presunción de inocencia es una presunción iusus tantum o legal, es decir, no es absoluta, puesto que las pruebas de carga pueden dar con ella al trate. Sin embargo, sólo puede quedar desvirtuada definitivamente cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter.” (p. 366).

En este sentido, como ha apuntado la Corte Constitucional, la presunción de inocencia “excluye, por tanto, toda predeterminación legal de la responsabilidad penal, todo prejuzgamiento por parte del fallador en el caso concreto, toda presunción de culpa y toda forma de responsabilidad objetiva”(Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-960 DE 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Ningún órgano estatal puede presumir la responsabilidad penal de nadie. La responsabilidad penal y la culpa, por el contrario, deben demostrarse con plena certeza “en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistente al acto que se le imputa, y con plena garantía de su defensa” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-626 de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo). Cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva o cualquier norma que presuma la culpabilidad del imputado, por tanto, están proscritas del ordenamiento jurídico colombiano.

Además de lo anterior, es necesario señalar que la presunción de inocencia no sólo se aplica en el ámbito del derecho penal, sino también, como lo señala la jurisprudencia constitucional, en el espectro del derecho administrativo sancionatorio. De este modo, la responsabilidad y la culpa del sujeto deben ser demostradas ante de imputarle una sanción por haber cometido una infracción Administrativa. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-463 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.).

Así mismo, debe recordarse que la sentencia C-774 de 2001 ha enfatizado que la presunción de inocencia tiene el rango de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Como derecho de esta índole, esta presunción establece que “el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001, M.P.: Rodrigo escobar Gil). Es un derecho que “acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así porque, ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado.

En fallo C-289/12. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto dice que presunción de inocencia es el derecho fundamental, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Respecto de la carga de la prueba, La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”.

Es por esta razón que la presunción de inocencia es la institución jurídica más importante con la que cuenta los particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del estado, cuando ejerce el ius puniendi (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.). Como consecuencia, no solo es un principio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre.

b. La prueba en el derecho penal garantista

Nuestra legislación Procedimental Penal Consagro las pruebas en su Capítulo III Practica de la prueba. Parte I Disposiciones generales. Detallando cuáles son sus fines, la libertad probatoria, la oportunidad de hacerlas valer, su pertinencia, su admisibilidad, su publicad, su contradicción, inmediatez, sus criterios de valoración y su conocimiento para condenar. Respecto a los fines de la Prueba lo dedica en el artículo 372:

“las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

Respeto de la libertad probatoria, lo expresa en su artículo 373:

“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.”

La Oportunidad para hacer valer como prueba dentro del Juicio oral.

Artículo 374:

“Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicarán en el momento correspondiente del juicio oral y público.”

Si la Prueba es pertinente, pues los hechos deben estar orientados a la demostración de algo inmediato y específico, pero a la vez deben tener relación lógica con lo que es objeto de prueba, deben referirse directa o indirectamente a lo que el proceso requiere saber. De allí lo estipulo en su artículo 375:

“El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencia, así como a la identidad o a la responsabilidad penal el acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.”

De la admisibilidad de la prueba en el proceso, la Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal (M.P. Dra. Marina Pulido de Barón, sentencia Mayo 22 de 2003, referencia expediente 20756. Prueba, Medio técnicos, marginarse de pruebas de singular transcendencia implica limitarse a construir una individual percepción de los sucesos de espaldas a la realidad procesal. El artículo 376 establece:

“Toda prueba pertinente es admisible, salvo en algunos de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido.
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y,
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.”

Respecto del principio de la publicidad de la prueba significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla para patentizar ante el juez el valor que tiene; pero significa también que las conclusiones del fallador sobre la prueba deban ser conocidas por las partes, para sí es del caso, impugnarlas. Y es así como en la obra procedimental penal en su artículo 377, la ofrece:

“Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecida en este código.”

Así como se ha dicho, la prueba para ser tenida como tal debe además ser objeto de contradicción por parte de las partes, esta expresión “Las partes”, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, y así lo señala el artículo 378.

“las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.”

Frente al principio de inmediación consagrado en el artículo 379:

“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”.

En cuanto a este principio, el artículo 16 de la ley 906 de 2004 en materia probatoria, exige que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal por el testigo y sin intermediarios, es decir, que su dicho sea fruto de lo que percibió directamente.

Los criterios de valoración de la prueba establecidos en el artículo 380, refiere:

“Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.”

Por consiguiente la valoración de las pruebas se podrá realizar básicamente por alguno de los tres siguientes sistemas. a) El de la prueba legal en el que el legislador establece el valor que se debe dar a cada uno de los medios de prueba practicados; b) el de libre apreciación razonada o sana crítica que faculta al juzgador para determinar en forma concreta la fuerza probatoria de cada uno de los medios practicado, sistema adoptado, entre otros, por nuestro régimen procesal y c) un sistema mixto que combina los dos anteriores.

Finalmente, el conocimiento para condenar señalado en el artículo 361 y embarga la función de los juzgadores para condenar, el cual requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Corolario de lo anterior traigo a colación, lo expuesto por el jurista Manuel Atienza, en su obra “Curso de Argumentación Jurídica”, quien en su capítulo “La Interpretación del derecho Judicial” realiza un análisis al texto *“El derecho de los jueces, de Diego E. López Medina (2006)”* (p. 89 – 90).

“En el Derecho de los jueces, Diego E. López Medina (2006) trata de hacer frente al problema que supone el manejo de la enorme masa de decisiones proveniente de las cortes supremas y constitucionales, y que, obviamente, contribuyen a configurar lo que serían nuestros Derechos constitucionales y,

más en general, nuestros derechos. El libro de López Medina está construido sobre la base de la experiencia colombiana, de manera que lo que elabora se refiere específicamente a la jurisprudencia de las altas cortes de ese país: el tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de estado. Pero parece obvio que sus análisis pueden extenderse (sin perder por ello de vista la peculiaridades de cada derecho) a los sistemas jurídicos de tradición romano – germánica, que han conocido en los últimos tiempo (merced al fenómeno de la constitucionalización) una verdadera irrupción del Derecho de los jueces. Entre las muchas sugerencias que pueden encontrarse en este libro, dirigidas a elaborar [una cultura jurídica enérgica y progresista, encaminada a la protección responsable y autosostenible de los derechos fundamentales], que se sitúe entre el [formalismo] y el [antiformalismo] (p.338), cabe destacar las tres siguientes: 1) La distinción entre dos formas de entender la jurisprudencia, como precedente vinculante y como jurisprudencia indicativa; López Medina defiende con energía el primero de esos dos modelos. 2) la propuesta de un método de análisis ([análisis dinámico] lo llama) de las líneas jurisprudenciales que permita entender de manera no aislada, sino en forma coherente, los [mensajes normativos] del derecho judicial; en la configuración de ese método juegan un papel central las nociones de problema jurídico, escenario constitucional y sentencia hito. 3) La distinción (dentro de lo que llama [análisis estático] del precedente) entre técnicas ilegítimas y legítimas de interpretación jurisprudencial; en este último apartado destaca su análisis referido a dos formas de entender la distinción entre ratio decidendi y obiter dicta (una de esas técnicas legítimas): el modelo formalista y el hermenéutico – reconstructivo.”.

II. La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991.

El artículo 29 de Nuestra Constitución política, establece, el debido proceso debiéndose a aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Expone

clara y expresamente que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Conforme a lo anterior y en desarrollo de este capítulo, entiéndase como prueba ilícita aquella obtenida con violación del debido proceso.

Los hechos se deben probar, por lo que este significativo lingüístico, conlleva a una máxima relación con la noción de lo que es prueba en todas las manifestaciones de la vida humana, es así como, Devis Echandía (Teoría General de la Prueba judicial) expone:

“Por eso Jeremías BENTHAM escribió hace más de un siglo, que el “arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”, y, en nuestros días, Santiago SENTÍS MELENDO observa, en el mismo sentido, que “la prueba constituye la zona no solo de mayor intereses, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que domina la materia de la prueba” (p.13).

En una concepción amplia, la prueba es ilícita, en el contexto penal, cuando viola no solo la norma procesal, sino cualquier norma jurídica, atenta contra la dignidad de las personas, la moral y las buenas costumbres, por consiguiente viola los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley.

Cuando la prueba, dentro del proceso penal, se obtiene violando derechos fundamentales, reconocidos en la constitución y la ley, se utiliza medios ilegítimos, se coacciona de manera directa o indirecta, física o psicológicamente a la persona para obtener

de esta, información o forzarla para que proporcione datos probatorios, es una prueba ilícita, por lo que carece de valor para fundamentar la convicción del juez.

Por lo tanto no tiene ningún efecto probatorio, y carece de efectos legales, por lo que debe ser excluida y apartada del proceso.

La Clausula de exclusión, consagrada en la legislación procedimental penal actual, en su artículo 23 expone:

“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Al efecto, la Corte Constitucional, refiere que el artículo 23 de la ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Titulo preliminar “Principios rectores y garantías procesales” de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria y regula la clausula general de exclusión, al disponer que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenía con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior. (Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005).

Es así como Arias, J y otros (2005), en especial Castro, S, en su temática “Las Objeciones y su Análisis en el Sistema Acusatorio Colombiano” Capitulo XVI de la obra en cita, respecto de la prueba Ilícita expone:

“Son consideradas como tales aquellas que violan los derechos fundamentales de las personas. El tratamiento de estas en el Código de procedimiento penal claramente es distinto al de las pruebas ilegales. Mientras que las pruebas ilegales se refieren a aquellas que han sido practicadas, aducidas o conseguidas violando requisitos formales de carácter legal; las pruebas ilícitas desconocen garantías fundamentales que son de carácter

superior y previstas tanto en la constitución Política como en tratados internacionales.”(P.281).

Luego trae a colación lo normado en el artículo 23 del C.P.P. Sobre la cláusula de exclusión, afirmando que la utilización de las pruebas ilícitas puede generar nulidad y afectar la actuación, aunque no acarrearán tal consecuencia si la decisión puede fundamentarse en pruebas que tienen un vínculo atenuado con la prueba ilícita; surgiendo de una fuente independiente; o su descubrimiento era inevitable.

III. Medios probatorios en la actual legislación penal.

La Corte Constitucional en su pronunciamiento de fecha 21 de marzo de 2007, Sentencia C-209, precisa en terminología que el material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que son decretadas por el juez de conocimiento. En la anterior legislación, la Fiscalía (Ley 600 de 2000), en su investigación, ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer ante el juez de la causa, lo que implicaba que la resolución de acusación que la misma presentaba ante el funcionario jurisdiccional era recibida por éste junto con el acervo probatorio oportunamente recaudado por el fiscal, acervo que constituía el fundamento probatorio de la sentencia.

En el actual sistema (ley 906 de 2004), ese elemento material probatorio y evidencia física, se debe relacionar dentro de la audiencia de formulación de acusación e iniciar su descubrimiento, es así como en su artículo 344, refiere que es dentro de esta audiencia que se cumplirá lo relacionado con el descubriendo de la prueba y la defensa podrá solicitar directamente al juez de conocimiento que ordene al ente acusador, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento y es el juez que ordenará, si a ello es pertinente y no presenta la misma restricción alguna para su descubrimiento, para que la Fiscalía, descubra, exhiba o entregue copia según se solicite. Acción esta que en igual forma, la

fiscalía puede solicitarle al juez que la defensa entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio.

Por consiguiente, los elementos probatorio y evidencia física que en los términos de los artículos reseñados, deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni controvertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio, por lo que serán rechazados por el juez, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputable a la parte afectada.

Instalada la audiencia preparatoria y en desarrollo de esta el juez dispondrá que las partes manifiesten las observaciones pertinentes al proceso de descubrimiento de elementos probatorios, las partes descubrirán sus elementos materiales probatorios y evidencia físicas enunciando la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral, es así, que el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación.

Conforme al artículo 359 de la misma obra “las partes y el Ministerio Público, podrá solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivo o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requiera prueba”. Téngase que conforme al ordenamiento procedimental penal, son medios de conocimiento, **El testimonio, la pericia, los documentos, la inspección** y todo elemento material y evidencia física o cualquier medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento Jurídico.

Para Cano (2014) afirma que “la construcción del texto jurídico, oral o escrito, exige en el desarrollo de su razonamiento, de la prueba de los hechos, pues las decisiones son cognoscitivas, en cuento se deben fundar en el conocimiento de los hechos y del derecho” (p.69).

Para Baytelman y Duce (2016), en su obra exponen:

“El juicio oral en un sistema acusatorio admite como prueba todo medio apto para producir fe, con tal que cumpla los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluido en el auto de apertura, etc.). El nuevo Código establece un sistema de libre valoración de la prueba; en consecuencia, los hechos del juicio pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga para los jueces credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que emerja de la actividad del juicio... Sin embargo, los jueces no pueden apreciar la prueba de cualquier modo, por mera arbitrariedad o simple apego a sus propios prejuicios o convecciones subjetivas; a cambio de esta libertad y de este poder frente a la prueba...” (p.58).

Conforme a los medios de pruebas consagrados en la Constitución como lo es el testimonio y su obligación de rendir este cuando se requiera, y las demás antes mencionados, encuentran su definición y procedimiento en la ley, veamos como la prueba testimonial encuentra su reglamentación y sus excepciones constitucionales en el ordenamiento procedimental en sus artículos 383 a 404. Además la norma procedimental señala entre otras, la prueba de referencia (art. 437), que consiste en la declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancia objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Respecto de la prueba Pericial, entiéndase como tal, toda declaración rendida ante autoridad por persona que posee alguna preparación especial adquirida en el ejercicio de una profesión, arte u oficio, con exclusión de la que por otro concepto intervenga en la averiguación penal. Y su procedencia, prestación, calidad y presentación y demás se encuentran regulados en el texto procedimental reseñados en sus artículos 405 a 423.

De la prueba documental, entiéndase, todo texto manuscrito, mecanografiado o impreso, las grabaciones magnetofónicas, discos de todas las especies que contengan

grabaciones, grabaciones fonópticas o videos, películas cinematográficas, grabaciones computacionales, mensaje de datos, el télex, telefax y similares, fotografías, radiografías, ecografías, tomografías, electroencefalogramas, electrocardiogramas y cualquier otro objeto similar o análogo a los anterior, encuentra su regulación en los artículo 424 a 434 del Código de procedimiento Penal.

Finalmente, de las pruebas relativas a la inspección, su procedencia y decreto se encuentra establecidos en el artículo 435 y 436 *Ibíd.*

Expuestos los elementos materiales probatorios y evidencia físicas y que se pretendan hacer valer como Prueba en el juicio oral, estos requieren en su esencia que sean controvertidos, es así como lo expone en su obra Bernal., J y Montealegre, (2013):

“El modelo acusatorio está estructurado sobre la base de ausencia de contradicción durante la investigación, salvo los casos en que sean afectados derechos fundamentales. Pero su correcta armonización con la Constitución implica que cuando en una audiencia se debata una cuestión que pueda afectar derechos fundamentales se permita la controversia durante la etapa de investigación. En tal caso, no solo debe darse descubrimiento de las piezas procesales que sustenten la solicitud de afectación, sino asimismo permitiese plena contradicción”. (p. 319).

1. **Discusión**

Es claro, que los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados por los funcionarios de policía judicial (Cuerpo técnico de Policía CTI de la Fiscalía , Sijin, Dijin), durante el curso procedimental penal, esto es, indagación y/o investigación, adquieren la calidad de Prueba, una vez que sean introducidos en debida forma por el Fiscal del caso en la audiencia preparatoria y sean debatidos y controvertidos por las partes en el juicio oral y en presencia del juez de

conocimiento quien los evaluara, se excepciona la prueba de exclusión, fallando mas allá de toda duda razonable.

Pero que ocurre, con la “Prueba” – elemento material probatorio o evidencia física o cualquier otro medio en la etapa de la investigación, al momento de realizar ante el juez constitucional la audiencia de Formulación de Imputación, o solicitar la medida de aseguramiento, será que solo basta con la inferencia razonable por tratarse de un acto de mera comunicación que realiza el fiscal al imputado y en presencia del juez constitucional.

Que “Prueba” o medios probatorios o elementos material probatorio o evidencia física se debe presentar por parte de la Fiscalía para solicitar una medida de aseguramiento, teniendo cuenta que es una medida preventiva pero se priva a la persona de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitucional, donde se asegura desde su preámbulo, **la vida**, la convivencia, el trabajo, **la justicia**, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz, dentro de un **marco jurídico**... Toda persona **es libre**, nadie puede ser molestado en su persona o familia, **ni reducido a prisión o arresto, ni detenido**, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito por autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley... Toda persona se presume inocente, mientras no se le haya declarado judicialmente culpable... quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, **a presentar pruebas y a controvertirlas las que se alleguen en su contra**. (Negritas fuera del texto).

Ahora bien, en tratándose de una solicitud de medida de aseguramiento, siguiendo los lineamientos de la ley procedimental penal en su artículo 295, autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado el cual tiene carácter excepcional y solo podrá ser interpretada restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales y su finalidad, es decir la libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de

la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

Es por ello que se hace necesario realizar unos estudios de valor y analíticos para establecer que elementos de pruebas son los adecuados y ponderados y que puedan ser útiles, pertinentes y conducentes, para recurrir ante el Jueces Constitucional la solicitud de dicha restricción de la Libertad, Situación que se desarrollara por el suscrito en desarrollo de la maestría.

2. Referencia

LIBROS:

1. Atienza, M. (2013). Curso de argumentación jurídica, Madrid, España: Ed. Trotta.
2. Arias, J y otros (2005). El proceso penal acusatorio colombiano, Nuevo manejo de la prueba, Tomo I. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
3. Baytelman, A y Duce, M. (2016). Litigación Penal Juicio Oral y Prueba. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.
4. Bernal, C. (2008). El Derecho de los derechos. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
5. Bernal, J y Montealegre, E. (2013). El Proceso penal. Bogotá, Colombia. Universidad externado de Colombia. Sexta Ed.
6. Bustamante, M. (2009). La oralidad en el sistema penal acusatorio Colombiano. En *Oralidad y Proceso* (pp. 91- 107). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
7. Cano, C. (2014). Oralidad, redacción, argumentación y texto jurídico. (pp.442 – 507). Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
8. Devis, H. (1970) Teoría general de la prueba Judicial (Tomo 1. Pp. 120-129). Buenos Aires. Editor Víctor P. de Zavalía.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

1. República de Colombia. (1991). Constitución Política de 1991. Colombia.
2. Republica de Colombia. (1987). Decreto 0050 de 1987. Código de procedimiento Penal. Colombia.
3. República de Colombia. (1991). *Decreto 2700 de 1991*. Código de Procedimiento penal. Colombia.
4. República de Colombia. (2000). *Ley 600 de 2000*. Código de Procedimiento Penal. Colombia.
5. Republica de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Colombia.
6. República de Colombia, Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-425 de 1997. Colombia.
7. República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-774 de 2001. Colombia.
8. República de Colombia, Corte Constitucional. (1991). Sentencia C-327 de 1997. Colombia.
9. República de Colombia, Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-463 de 1992. Colombia.
10. República de Colombia, Corte Constitucional (1999). Sentencia SU-906 de 1999. Colombia.
11. República de Colombia, Corte Constitucional (1996). Sentencia C-626 de 1996. Colombia.
12. República de Colombia. Corte Constitucional (2007). Sentencia C-209 de 2007. Colombia.
13. República de Colombia, Corte Constitucional (2005). Sentencia C- 591 de 2005. Colombia.