

Edwin Alfonso Rodríguez**

Sistema probatorio y conurrencia de pruebas: Sistema Penal Acusatorio, prueba ilícita*

**Evidential system and concurrence of tests:
Penal Accusatory System, illicit test**

Recibido: 29 de julio de 2013 / Aceptado: 24 de septiembre de 2013

Palabras clave:

Derecho Probatorio,
Sistema acusatorio,
Oralidad, Prueba ilícita.

Resumen

El presente artículo trata sobre un tema significativo en el ámbito procesal penal colombiano, hoy día ha adquirido un valor probatorio en cuanto a su importancia a nivel judicial. Un conocimiento sólido acerca de la dinámica de las teorías acerca del sistema probatorio en materia, permiten identificar sus diferentes dinámicas al interior del proceso penal. Así mismo, dará cuenta de sus formas en el marco de las estructuras normativas en ámbitos doctrinales y legales. Por otra parte, encontraremos una descripción de la diversidad de acepciones del Derecho Probatorio y las tendencias procesales para su utilización en Colombia. Por ello, en el diálogo discursivo se relacionarán los elementos que lo contextualizan frente a distintas situaciones problema planteadas, por cuanto se hace referencia a metodologías de trabajo jurídico que más adelante se mencionarán los resultados y, por último, se darán a conocer las conclusiones y aportes de manera transversal.

Key words:

Law of evidence, Adversarial system,
Oral tradition, Unlawful evidence.

Abstract

This article addresses a significant issue in the Colombian penal procedure field, today has acquired a probative value as to their importance in the courts. A solid about the dynamics of the theories regarding the evidentiary system, to identify their different knowledge dynamics within the criminal process. Also, you will notice forms part of the regulatory structures in doctrinal and legal fields. Moreover, we find a description of the diversity of interpretations of law of evidence and procedural trends for use in Colombia. Therefore, in the discursive dialogue elements that contextualize against different problem situations arising, because reference to methodologies of legal work later, the results will be mentioned is made and, finally, will present the findings will relate and contributions of transverse way.

* El presente artículo de revisión se deriva del proyecto titulado “Aspectos constitucionales de la medida de aseguramiento” adelantado dentro del grupo de investigación: Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana de la Universidad Simón Bolívar.

** Abogado de la Universidad Simón Bolívar, Especialista en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre de Colombia. Magíster (C) en Derecho Procesal. Docente-Investigador, vinculado al grupo de investigación Violencia Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana. edwhyngs76@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Sistema acusatorio y juicio oral: consideraciones iniciales

Dentro del Sistema Acusatorio Penal, existe una serie de principios rectores que muestran la bondad del ordenamiento jurídico y de las garantías de los derechos fundamentales. Estos agentes rectores, orientan el contenido y alcance constitucional y legal del proceso con miras a la transparencia en la aplicación de las garantías del defendido/acusador en cuanto a sus derechos procesales y sustanciales.

De este modo, la determinación de una defensa técnica imprime en los sistemas educativos y en la práctica jurídica y judicial un elemento esencial del proceso penal, en donde los derechos fundamentales son el eje de articulación de la garantía, condicionante de un proceso justo y material de un Estado Social de Derecho.

METODOLOGÍA

El presente trabajo se enmarca dentro de la metodología cualitativa, investigación documental, según la cual, la revisión de archivos (*información numérica y no numérica*) y el análisis de contenido, se convierten en técnicas fundamentales para comprender el significado de las situaciones de tensión alrededor del objeto de estudio frente a la vida cotidiana.

En el primer escenario se diseñó la investigación (*definición del tema, delimitación conceptual, temporal y espacial*), articulando una revisión de estudios y de literatura relacionada que permita establecer qué se ha dicho sobre el

tema propuesto, desde qué punto de vista y con qué resultados. Consecuentemente, se sistematizaron los resultados de dicha búsqueda, gestionando los saberes y las dinámicas jurídicas de las diferentes instancias.

Así mismo, se desarrolló un proceso de triangulación entre las prácticas judiciales y la implementación de normas sustantivas, se realizó la búsqueda y selección de información, lo cual exigió el rastreo e inventario de los documentos existentes y disponibles, y de las fuentes complementarias, en bibliotecas, centros de documentación.

Por lo tanto, para realizar esta investigación se concentró la mirada en la situación problema planteada y, en sus contextos particulares, sus singularidades y sus tipologías.

DESARROLLO

Aspectos fundamentales de la práctica probatoria en el contexto de la oralidad en Colombia

La presunción de inocencia como principio dentro de la actuación procesal penal, debe tener en cuenta, que esta otorga al acusado una protección especial, frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*; de esta manera, debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales (*garantismo procesal*). En este sentido, es necesario que se exprese como una regla en el tratamiento del imputado, por cuanto se tiene por cierta la obligación de tratar al acusado como si fuere inocente (*regla probatoria*).

Así las cosas, veremos que algunos elementos principales de este sistema probatorio frente al sistema acusatorio corresponden a:

Presunción de inocencia

Este principio afirma que el acusado debe ser tratado como inocente hasta tanto no se haya demostrado plenamente su culpabilidad en sentencia ejecutoriada, absolviéndolo de todo cargo.

La naturaleza epistémica de este principio se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, en virtud de la condición de reivindicación de derechos al evaluar los errores judiciales en razón a condenas de inocentes, como medida de restricción de la ineficacia del Estado en la valoración de responsabilidad del acusado.

Algunos elementos esenciales se insertan en la presunción de inocencia de cuyos aspectos hablaremos a continuación:

Respecto a la **calificación de la prueba** genera la condición o la calidad de inocente del imputado, razón por la cual existe una serie de garantías procesales que permiten su desarrollo (*existencia de prueba de cargo, actividad probatoria suficiente, actividad probatoria suministrada por el ente acusador, pruebas practicadas en juicio oral, pruebas practicadas con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales <La intermediación, la publicidad, la concentración, la celeridad y la contradicción>, la prueba como regla de juicio*). De este modo, esta actúa como regla de juicio cuando el juez no ha alcanzado la certeza suficiente para

dictar una sentencia (*absolutoria o condenatoria, es decir, duda irresoluble*).

Así mismo, la **práctica de pruebas**, la presunción de inocencia contiene una finalidad cuyos elementos se centran en la fijación formal de los hechos procesales, la obtención del convencimiento del juez (*existencia o inexistencia de culpabilidad*) y la obtención de la verdad. Esto significa que, es necesario, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera y formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad.

Por otra parte, respecto a la **valoración de la prueba**, la certeza de la culpabilidad del sujeto objeto de evaluación procesal penal, se basa en pruebas que deben ser plenas para que sustenten la sentencia condenatoria. Así las cosas, la presunción frente al acusado, le protegen de una sentencia condenatoria cuando su culpabilidad no ha quedado plenamente demostrada.

Todo lo anterior, complementa la **carga de la prueba**, por cuanto se refiere a la obligación demostrativa de los hechos afirmados por las partes, recayendo sobre el ente acusador (*quien debe desvirtuar la presunción de inocencia*), siendo el imputado poseedor de derechos fundamentales (no auto-incriminarse) debiendo estos ser respetados durante todo el proceso (*o hasta su renuncia*), sin embargo, desde la igualdad de condiciones, el imputado también podrá aportar elementos materiales probatorios que confirmen su inocencia y desacrediten lo dicho por la Fiscalía (*contradicción probatoria*).

Otro elemento dentro de la estructura procesal, corresponde a la *prueba indiciaria*, la cual implica hechos acreditados que sirven de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido. De tal suerte, algunos hechos que no se pueden probar de manera directa por medios de pruebas regulares, a través de esta figura se incluyen en las pruebas dentro del proceso, razón por la cual el interesado en probar la inocencia deberá actuar en su contra por cuanto se viola el principio de *Presunción de Inocencia*, siendo un agente determinador de responsabilidad sobre consideraciones de sospecha, conjeturas, no sobre elementos de convicción debidamente probados.

Aunando esfuerzos por la transparencia en el proceso penal y probatorio, en sentido estricto, la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* ostentan una relación de complementación, por cuanto las pruebas obtenidas y valoradas en juicio que dejan duda ante el juez de la existencia de culpabilidad plena del acusado, implican que al no poder superarse o disiparse esta incertidumbre, deberá resolver a favor del acusado con la absolución, comprobando su inocencia. Esta derivación del principio de inocencia implica que el Estado tenga la responsabilidad de asumir la carga de demostrar más allá de toda duda, la culpabilidad del acusado.

“El legislador debe formular disposiciones de manera que el reo pueda siempre utilizar el efecto del estado de duda, para que la presunción de inocencia o de menor culpa nunca pueda ser subvertida. Nunca puede admitirse

presunción de culpabilidad” (Carrara, 1944, p. 226).

De donde se colige, el juez debe resguardar los intereses del imputado al basar su sentencia condenatoria únicamente en la convicción de que los hechos existieron, ocurrieron, y él fue el responsable, y no sobre la probabilidad o en la duda, con miras al estado de certeza (*la duda protege al imputado*).

El estado de certeza es entonces, un estado individual del ser humano no medible, lo que nos lleva a concluir que no se sabe a ciencia cierta, si la certeza es realmente alcanzable en el proceso de conocimiento. En este sentido, Ferrajoli (2004) afirma:

“La certeza es de carácter aproximativo en la verdad procesal, pues se debe contar con consideraciones o criterios de verdad cierta, o subjetiva, o abstracta, representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable. La idea contraria que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva es en realidad una ingenuidad epistemológica” (p. 108).

De este modo una duda es o no razonable, cuando se busca en las sentencias penales la mínima expresión de error al condenar y absolver. Sin embargo, se deben tener en cuenta para hacer dicho análisis, la valoración de los criterios equivalentes como el de certeza o el de alta o altísima probabilidad; Y reconocer que se trata de un concepto indeterminado, que el juez especifica en cada caso concreto acorde con la presunción de inocencia como regla probatoria y regla de juicio. Es donde los jueces deben cono-

cer los estándares de prueba, para evitar el yerro, y tomar una decisión más certera y no basada sobre sofismas.

En concreto, en cuando al Proceso Penal Acusatorio, esta garantía fundamental consiste en que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (Art. 29 constitucional y 7 del CPP).

La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe con una actividad probatoria de cargo desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda. La defensa en cambio no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral (Arts. 7 y 125, # 8 del CPP), por lo tanto es una herramienta que debe ser sopesada entre el valor probatorio para la teoría del caso y la fuerza del contradictorio que pueda exhibir el acusador.

No auto-incriminación

Es importante señalar que la no auto-incriminación constituye un derecho fundamental (*humano*), que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

De acuerdo con el artículo 33 Superior “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Constitución Política, Art. 33). El sujeto enton-

ces, es protegido, por cuanto conserva la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra este y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio (San Martín, 2001, p. 614), razón por la cual el imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio.

Este principio se encuentra directamente relacionado con la prueba de la confesión que se halla descrita en la Sentencia C-621 de 1998, que pone de manifiesto la no-obligación de una persona a testificar, ni mucho menos a auto-incriminarse y poder así guardar silencio y no a fin de saciar las estadísticas judiciales. Estos postulados son recogidos en la Sentencia C-258/11 en donde se expresa:

“En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la Norma Constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación esta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados”.

Por otra parte, su declaración no puede considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio sino como expresión del derecho de defenderse, es decir, respetar el sistema garantista mediante la declaración de que el imputado no pueda utilizar en su contra sus propios dichos, por cuanto deben ser valorados de

acuerdo a su posición adversarial (*medio de defensa*), cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad (Binder, 1993, p. 310), de donde se desprende su relación con la declaración de dignidad del sujeto procesal.

En consecuencia se derivan una serie de derechos considerados a partir del principio de legalidad, a saber:

- El del indiciado, imputado o acusado a no declarar (Art. 8 lit. a), b) y c) CPP), es un derecho sencillo y categórico del acusado que no puede ser llamado ni siquiera a declarar.
- Todo testigo a no auto-incriminarse o incriminar a su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad (Art. 385 CPP). Constituye una garantía contra el testimonio incriminatorio compelido, como derecho personalísimo y como amparo al núcleo familiar más cercano.

Los privilegios como garantías constitucionales están presentes desde la indagación o investigación, cuando se conducen las entrevistas e interrogatorios por la Policía Judicial y la Fiscalía (Art. 205, 206 y 282 CPP), deben ser informados al capturado en el momento de su detención (Art. 303 # 3 CPP), hasta ponerse de presente al darse inicio al juicio oral (Art. 367 CPP).

De lo anterior se coligen acciones y derechos que se encuentran excluidos y que no representan un derecho fundamental, constituyéndose en legítimo medio de prueba:

- La inspección corporal (Art. 247 CPP), ordenar el fiscal directamente.
- El registro personal (Art. 248 CPP) ordenado por el fiscal.
- La obtención de muestras que involucren al imputado como examen grafo-técnico, coitejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas (Art. 249 CPP). Esta diligencia requiere autorización previa del juez de garantía, cuando no exista el consentimiento del afectado.
- Los documentos con contenido incriminatorio (Arts. 424 y 426 CPP).

El caso es distinto cuando el acusado ha renunciado al derecho a permanecer callado y rinde su testimonio mediante interrogatorio y en el momento de darse la palabra al fiscal para contrainterrogar, invoca el privilegio de no auto-incriminación.

Legalidad

La actividad probatoria, como ejercicio de la función jurisdiccional, implica la sumisión al ordenamiento jurídico, que afecta y condiciona su procedencia y eficacia (Flores, 2003, p. 439). Entendiendo el ordenamiento jurídico como sistema que parte de la Constitución Política (Art. 4 constitucional), e integra los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad (Art. 93 constitucional 3 y 276 CPP), a más de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el Derecho Procesal.

Este sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido

proceso (Art. 29 constitucional) para el defendido con sus garantías de:

- Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial (Art. 8 lit. k).
- Solicitar, conocer y controvertir las pruebas (Art. 8 lit. j).
- Obtener el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba (Arts. 2, 14, 66, 84, 114#3, 154#1 y 7, 237, 239, 240, 242 a 245, 249, 297, 298, 302 y 327).
- Solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren (Arts. 359 y 360 CPP).

El principio de legalidad determina además la interpretación normativa, otorgando prevalencia a los principios rectores y garantías procesales sobre el resto del ordenamiento normativo (Art. 25 CPP), y limitando el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas. Así por ejemplo *la prueba de referencia*, es una excepción a los principios de concentración e intermediación probatoria en el juicio oral, y el propio Código la consagra como de admisión excepcional (Arts. 379 y 438 CPP). Lo mismo se puede afirmar de *la prueba anticipada* al juicio oral, solamente practicable en casos de extrema necesidad y urgencia, o para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio (Art. 274).

La legalidad también es ordenadora de la actividad procesal para los servidores públicos

junto con la necesidad, ponderación, y la corrección en el comportamiento (Art. 6 constitucional y 27 CPP).

Respecto a la libertad punitiva del Estado y la legalidad de la pena,

“así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de ‘garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’ y para ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’ (C.N. Art. 2°). (Sentencia C-312 de 2002, M.P. Humberto Sierra Porto).

De tal manera, dentro de la pena es un mecanismo utilitarista de naturaleza excepcional, que se justifica en la necesidad de lograr determinado objetivo u objetivos, los cuales difieren dependiendo del énfasis teórico que adopte la política criminal del Estado, es decir, tanto el tiempo como las condiciones en las que se cumple la pena deben ser proporcionales, dependiendo de la ponderación entre los diversos baremos considerados al establecer la dosimetría como parte de la política criminal del Estado.

Es necesario observar las formas de asunción de la legalidad, desde una perspectiva exclusiva de Derecho Penal interno, conforme con el texto del artículo 29 Superior, se tendría que concluir que la conducta solo es punible a partir del momento en que una ley así lo disponga (*principio de legalidad restringido*). Por la otra, se podría sostener, con base en la CADH (Art. 9) y PIDCP (Art. 15), que lo es desde el momento en que la

conducta se encuentre prohibida por una fuente formal del Derecho Internacional, bien sea un tratado o una costumbre internacional (*principio de legalidad amplio*).

En consecuencia, la garantía de la legalidad de la ejecución de la sanción penal, además de constituir un mecanismo de protección de los derechos del individuo, constituye una forma de proteger estos bienes jurídicos y valores constitucionales que justifican el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Libertad en el proceso de pruebas

Permite que la prueba de los hechos se realice tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código de Procedimiento Penal como por cualquier otro técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

Este principio abre la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el Código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales

Esto implica que:

- Los hechos puedan probarse con prueba directa e indirecta.
- Permita al juzgador determinar la suficiencia o insuficiencia probatoria.
- Posibilite probar hechos por cualquier medio lícito.
- Imposibilite alcanzar extremos que permitan al juzgador valorar pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales.
- Otorgue amplitud para la valoración de todos los elementos de prueba que se incorporen.

Así las cosas, las limitaciones de la prueba pueden ser *absolutas* o *relativas*, las primeras cuando se refieren a la prueba (*prueba legal, libre convicción, sana crítica racional, valoración conjunta*), y las segundas cuando conciernen a los medios de prueba.

En atención a lo anterior, respecto a la normatividad vigente, la Corte Constitucional ha señalado

“para la Sala es importante aclarar dos aspectos trascendentales para el caso sometido a examen. Por una parte, en el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada” (Sentencia T-504 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

La contradicción como elemento estructurante de las pruebas en materia acusatoria

Dentro de la estructura oral penal, es el acto mediante el cual las partes (Fiscalía y Defensa) tienen derecho a conocer, controvertir o confrontar las pruebas, así como a intervenir en su

1. Sobre este aspecto, el artículo 237 de la Ley 600 de 2000 (aplicable al presente caso) señala: Libertad probatoria. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

formación y a oponerse a las alegaciones de la otra parte o interviniente.

En este sentido, las pruebas implican la sujeción de las actuaciones ante dos derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, el cual conlleva un doble derecho.

Por una parte, el derecho a conocer de todos los actos de investigación y de prueba, y el derecho a controvertirlos interviniendo desde su formación (Art. 15, 125#4 y 378 CPP). El primero materializa para la defensa al estar informado y recibir de parte de la Fiscalía General de la Nación todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al defendido (Art. 15, 125#3, 344 y ss CPP), mientras que el segundo, se manifiesta con la facultad de confrontación (Art. 378 CPP), cuyos principales criterios son: el contrainterrogatorio (Arts. 125 y 393 CPP), que puede involucrar la impugnación de testigos (Art. 403 CPP); las oposiciones u objeciones a la admisibilidad de pruebas, a la declaración inicial, al interrogatorio y contrainterrogatorio, y a los alegatos de conclusión; el derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación (Art. 362 CPP), y el ejercicio del derecho de impugnación cuando se inadmitan, excluyan o rechacen pruebas (Arts. 359 y 363 CPP).

Estructura funcional de la intermediación en la oralidad penal

Uno de los postulados del juicio oral considera como prueba aquella que ha sido practi-

cada y producida por las partes ante el juez de conocimiento, en un juicio público, oral y contradictorio, con el fin de que el juez observe directamente el comportamiento de los testigos al declarar y que pueda valorar más objetivamente esas declaraciones.

El principio de intermediación establece que únicamente se estima como prueba la que reúne dos requisitos (Arts. 16 y 379): a) Haber sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio, y b) Ante el juez de conocimiento.

En el procedimiento mixto vigente hasta diciembre de 2004, la prueba se practicaba en el sumario, a espaldas de la defensa, y conservaba según la jurisprudencia de la Corte, su pleno valor por el principio de permanencia.

Con el nuevo sistema la prueba solo se produce en el juicio oral. Antes no existe prueba sino actos de investigación que deben ser presentados y controvertidos públicamente en audiencia para que adquieran la categoría de prueba. La ley prohíbe además comisionar la práctica de pruebas, con el fin de asegurar la presencia del juez de conocimiento en ellas.

La intermediación trae dos excepciones en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que se explican en capítulos siguientes:

- La prueba anticipada (Arts. 16 y 284 CPP).
- La prueba de referencia (Arts. 379 y 437 CPP).

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: “La intermediación exige que el juez deba tener una relación directa y sin intermediarios con

el proceso, esto es, con los sujetos del mismo –partes e intervinientes– y con su contenido o materia. La violación de este principio implica la violación del principio del debido proceso, que garantiza a toda persona imputada o acusada, a ser procesada o juzgada de acuerdo a procedimientos y formas propias de cada juicio” (Sentencia C-250 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo).

De este modo, la inmediación es un principio básico del Sistema Penal Acusatorio, en lo que se refiere a que las pruebas deben practicarse dentro de la etapa de juzgamiento, ante el juez, la Fiscalía, los jurados y demás intervinientes, ofreciendo un contacto directo del fallador con estas para la formación de la decisión.

Así mismo, es necesario verificar el contenido dado por la Constitución Política al principio de la “inmediación de las pruebas” establecido en el artículo 250.7, como una de las características del juicio en materia penal (Acto Legislativo 03 de 2002 de corte acusatorio). En este orden de ideas, la jurisprudencia ha determinado que la inmediación es el principio por el cual se establece que las pruebas deben practicarse directamente ante el juez, en forma pública y con la participación directa del imputado.

Continuidad procesal oral: principio de concentración de pruebas

En efecto, el artículo 17 CPP expone el concepto de “concentración” como forma de desarrollar la audiencia lo más continua posible,

agrega la salvedad que es objeto de acusación en este proceso según la cual dicho principio operará “*sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen*” (Art. 17 CPP). Y a ello le sigue el exhorto al juez para que vele porque “*no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto*”.

Así las cosas, su atribución asume un carácter restrictivo, constituyendo una facultad excepcional, es decir, una excepción a la regla común que es la continuidad del proceso y su concentración en un espacio y un tiempo, pudiendo ocurrir eventos por fuera de lo ordinario, de un momento a otro, en fin, de suceso invencible frente a la cual el juez no tiene más remedio que decretar la suspensión del proceso.

Algunos elementos probatorios entran en contradicción con la inmediación, tal es el caso de la Prueba de Referencia representa una delicada excepción a la regla general establecida en el CPP, pues va en contravía del principio de inmediación. También dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo².

2. En este sentido soportan algunos teóricos como Velayos Martínez, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*. Va-

En consecuencia, frente a su aplicación, la jurisprudencia colombiana ha marcado una tendencia respecto a su contenido y carácter, es así como en la Sentencia C-873 de 2003, con ocasión de una demanda presentada contra el Acto Legislativo 03 de 2002, se conservaron la importancia y la necesidad de la etapa de investigación y su relación con la inmediatez y contradicción de las pruebas. Posteriormente, en Sentencia C-591 de 2005, la Corte examinó diversas disposiciones de la Ley 906 de 2004 señalando que existen una serie de excepciones en las prácticas de pruebas, mediadas desde la indagación hasta la permanencia de la prueba. Conformada en sus aspectos legales dentro de las audiencias pertinentes. A continuación, en la Sentencia C-1260 de 2005, la Corte reiteró sus líneas jurisprudenciales en materia de inmediatez y concentración de la prueba, por cuanto señaló que *“habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba”*.

Finalmente, se asumen los principios de inmediatez y concentración de la prueba como parte esencial del nuevo Sistema Penal Acusatorio, por cuanto apuntan a que las pruebas prácticas durante el juicio oral sean conocidas de primera mano por el fallador, lo cual es una garantía para el procesado.

Garantía de los derechos y deberes legales y constitucionales (doble instancia)

Determina que un superior del juez puede revisar las sentencias y decisiones que se refieran a la libertad, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales.

El principio de la doble instancia, garantizado constitucionalmente (Art. 31 CP), se constituye en una piedra angular dentro del Estado de Derecho, pues a través de él se garantiza en forma plena y eficaz el ejercicio del derecho fundamental de defensa y de contradicción, ambos integrantes del denominado debido proceso (Corte Constitucional C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Este elemento procesal, surge de la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del Derecho, asegurando la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. En este orden de ideas, para la jurisprudencia constitucional es claro que en la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. La Corte Constitucional ha expresado:

“En relación con el principio de la doble instancia, como ya se señalaba, este tiene un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho de defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al Estado en busca de justicia. Sin embargo, como

lencia: Tirant lo Blanch, p. 88. También Chiesa Aponte, E. (1995). *Derecho Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. I. Bogotá: Editorial Forum, pp. 408-409.

lo ha puesto de presente reiteradamente la Corte, dicho principio no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31, establece que el legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable”.

De donde se desprende que, su estructura, así como sus criterios de exclusión, se enmarcan dentro de la libertad de configuración normativa del legislador en materia de procedimiento, quien en esta ocasión respetó los límites que la jurisprudencia constitucional ha dispuesto para que la exclusión del recurso de apelación en ciertos procesos, sea razonable y proporcionada, y por tanto, constitucional.

En algunos ordenamientos procesales se ha excluido la doble instancia en el proceso penal, por considerar que la apelación y la consulta son mecanismos de control que, en general, resultan incompatibles con un sistema penal de corte acusatorio, caracterizado por la oralidad y la inmediación, en el que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. No obstante, esa opción, puede considerarse factible dentro del ámbito de configuración legislativa, pues no se considera por sí mismo, que la consagración de la doble instancia sea incompatible con los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción (Sentencia C-250 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo).

Ámbitos de empoderamiento de la política pública de oralidad

Significa que la actuación procesal y las audiencias deben ser abiertas, con el fin de que a ellas accedan no solo las partes e intervinientes, sino también los medios de comunicación y la comunidad. Así las cosas, este principio es tomado como instrumento de control de la actividad volitiva del juez. En la Sentencia T-066 de 2006, la Corte explicó cómo una decisión judicial puede violar el debido proceso cuando el servidor incumple con el deber constitucional de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

Si bien la Constitución de 1991 no contiene una disposición *ex profeso*, como sí la tenía la derogada Constitución de 1886, acerca de la obligación de motivar las sentencias judiciales, el amparo superior del artículo 29 de la actual Carta ha permitido desglosar algunos principios fundamentales del procedimiento que desarrollan a plenitud la garantía fundamental de la protección constitucional. Esta obligación de los jueces de dar a conocer sus providencias y el derecho correlativo de las partes a enterarse de ellas y de las pruebas que se alleguen en su contra, comporta un segundo deber, también para el juez, de dar a conocer las razones de su decisión, pues es de allí de donde deriva la facultad de los demás sujetos procesales de impugnarla, bajo el supuesto de que una resolución sin motivación ni siquiera alcanza el carácter de

providencia, pues desconoce por consecuencia el principio fundamental de contradicción sobre el cual descansa nuestro sistema democrático y jurisdiccional.

En la Sentencia C-641 de 2002 la Corte Constitucional manifestó:

“El principio de publicidad como instrumento indispensable para la realización del debido proceso, impone a los jueces la exigencia de proferir providencias debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico en actuar, lo que se opone a aquellas decisiones secretas u ocultas contrarias a los postulados de la democracia participativa”.

De allí se colige que debe existir una función flexible de la publicidad, asociada a la equidad. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla.

Otro aspecto significativo de esta línea es la oralidad, por cuanto las partes, intervinientes y testigos deben manifestarse verbalmente y en audiencia ante el juez. Generalmente, está prohibida la lectura o la entrega de memoriales.

En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado:

“La oralidad se proyecta como una norma cuyo alcance puntual debe ser definido por el legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en

particular, lo que permite que su desarrollo e implementación pueda hacerse en forma gradual. Una consecuencia de lo anterior es que, hasta tanto se adopten las respectivas regulaciones para cada proceso, no será posible invocar la nulidad en desarrollo de una actuación judicial, aduciendo la falta de implementación de la oralidad. En este sentido, la oralidad solo puede ser exigible de conformidad con las reglas procedimentales que fije el Legislador” (Sentencia C-713 de 2008).

Esta afirmación es consecuente con la línea jurisprudencial trazada desde la Sentencia C-037 de 1996, en donde se establece la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 4° de la Ley 270 de 1996, por cuanto se califica como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el “*derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos*”.

La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual.

Además, pone en evidencia la necesidad de adoptar nuevos estatutos legales para ajustar los actuales, que consagran procedimientos prevalentemente escritos, para señalar la forma como habrán de llevarse a cabo, en cada especialidad, las audiencias y demás diligencias dentro de un

nuevo esquema, según se prevé en el segundo inciso del artículo primero.

Aspectos básicos del sistema de pruebas en el juicio oral

Partamos de la base del concepto de Sistema Penal Acusatorio (SPA), el cual implica un procedimiento adversarial, donde las partes (Fiscalía y Defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve.

También pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima: el primero para salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación.

Pero, el abordaje de la prueba en el sistema oral, exige una serie de elementos que definen las actuaciones y la defensa técnica. Los siguientes corresponden a aspectos teóricos conceptuales esenciales para el régimen probatorio en el sistema oral:

- *Evidencia*: Es lo que tiende a probar la existencia o no existencia de algún hecho.
- *Evidencia pertinente o relevante*: Es la que se refiere directa o indirectamente a los hechos y circunstancias motivo del proceso penal, haciéndolos más o menos probables (Art. 375).
- *Evidencia directa*: Es la evidencia de la cual el juzgador capta inmediatamente su valor probatorio.
- *Evidencia indirecta o circunstancial-indicio*: Es la que requiere de un proceso inferencial

a partir de otra evidencia y de los principios inferenciales naturales, lógicos, del sentido común, experiencia ordinaria, para demostrarse.

- *Evidencia material, real o elemento material probatorio*: Son los objetos tangibles que están directamente vinculados con la controversia del caso. Son los productos o instrumentos del delito que deben ser presentados en el juicio oral (Art. 275).
- *Evidencia demostrativa*: Es la evidencia que sin ser el objeto tangible, lo representa. Se utiliza para ilustrar, clarificar, o explicar otro testimonio, peritaje o evidencia material (Art. 423).
- *Descubrimiento de evidencia*: Es el acto mediante el cual las partes descubren a su oponente la evidencia que llevarán al debate oral (V 344 y 356).
- *Ofrecimiento de prueba*: Es la solicitud de las partes al juez, para que decrete la práctica de sus pruebas en el juicio oral. El ofrecimiento se realiza en la audiencia preparatoria (Art. 357).
- *Pertinencia condicionada*: Es la que depende de que se satisfaga una condición de hecho al momento de practicar la prueba. Por ejemplo la cadena de custodia (Art. 254).
- *Admisibilidad*: Es la aceptación de la evidencia por el juez, para ser presentada en el juicio oral y controvertido (Art. 376).
- *Autenticidad*: Es el reconocimiento de la evidencia por el testigo, como condición previa para su admisibilidad.

- *Prueba*: Es la evidencia sometida a la publicidad y contradicción en el debate oral.
- *Prueba de referencia*: Es la declaración realizada por fuera del juicio oral, destinada a probar algún elemento sustancial del juicio, y que es imposible que se practique en él. Su admisibilidad es excepcional (Art. 437).
- *Prueba de referencia múltiple*: Es la declaración de referencia que contiene partes admisibles y partes inadmisibles. La ley ordena excluir solo la parte inadmisibile, salvo que su exclusión haga ininteligible la declaración, evento en el cual debe excluirse toda la declaración (Art. 439).
- *Prueba novel*: Es la prueba pericial cuya base técnica o científica se fundamenta en teorías nuevas de conocimiento. Su admisibilidad requiere satisfacer condiciones específicas fijadas en la ley (Art. 422).
- *Prueba de refutación*: Es la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor (Art. 362).
- *Prueba de impugnación de credibilidad*: Es la que se ofrece con el fin exclusivo de cuestionar la credibilidad del testigo (Art. 403).
- *Prueba ilícita*: Es la que se obtiene con violación de las garantías fundamentales del proceso. Su admisibilidad también es excepcional.
- *Prueba anticipada*: Es la prueba que se forma antes del juicio oral, ante el juez de control de garantías, en circunstancias especialísimas.
- *Carga de la prueba*: Es el deber que se impone al órgano acusador del Estado en el sistema acusatorio de obtener la prueba de responsabilidad que desestime la presunción de inocencia.
- *Medios de conocimiento*: Son los instrumentos que la ley dentro de los principios de legalidad y libertad probatoria autoriza para probar los hechos: prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, prueba de inspección, elementos materiales probatorios o evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere el ordenamiento jurídico (Art. 382).
- El Código utiliza también la expresión medios de prueba (Arts. 10, 359, 360, 378, 380 y 408), con sentido igual a los medios de conocimiento.
- *Oposiciones-objeciones*: Las oposiciones u objeciones son el mecanismo por el cual se muestran y se resuelven los conflictos sobre la evidencia en el juicio oral.
La oposición u objeción es la solicitud que se hace al juez para que decida sobre la admisibilidad de determinada evidencia.
- *Privilegios*: Son excepciones al deber de declarar, fundadas en consideraciones de política pública. Se privilegia la confidencialidad en ciertas relaciones sobre la relevancia probatoria de la declaración (Art. 385).
- *Estipulaciones*: Son los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias, sobre los cuales no haya controversia sustantiva, y que no impliquen la renuncia de derechos constitucionales (Arts. 10 y 356).

- *Escrito de pasada memoria*: Es la declaración contenida en un escrito o grabación con relación a la materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero que al momento no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria.

Flexibilización probatoria en el proceso penal: regla de exclusión desde el Derecho Comparado (*prueba ilegal e ilícita*)

Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir, la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, aunado a la transgresión de las actuaciones públicas y a la integridad del ordenamiento jurídico. De este modo, la prueba es ilícita por previsión constitucional y su condición es ser nula de pleno derecho (Art. 29 constitucional), por tanto es necesaria su exclusión del proceso.

Este sistema de contradicción, legalidad y reivindicación de la prueba se sustenta en la escritura epistémica del tres escuelas, en donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias, la estadounidense donde la regla de exclusión es imperativa (*no hay margen de discrecionalidad para el juez*); y la británica, canadiense y australiana, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación (*tradición anglosajona*); por otra parte, encontramos la tendencia preponderante de la escuela

francesa e italiana, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas (*tradición romana*); por último tenemos que no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes (*tradición germánica*) (ver Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002).

En este sentido la legislación colombiana asume un sistema de exclusión de esta manera:

“... en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el Derecho Comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia julio 8 de 2004. Rad. 18451. M.P. Herman Galán Castellanos).

Para la Corte, el inciso final del artículo 29 constitucional exige la exclusión estricta de la prueba constitucionalmente ilícita (principal) y

eventualmente de la derivada, de entidad también constitucional, que tiene su fuente en esta prueba básica principal. Se acoge así la tendencia norteamericana sobre prueba ilícita y sus derivadas.

De esta manera, la prueba constituye la médula del proceso y un aspecto esencial para la aproximación a la verdad, como una de las finalidades para su aproximación, de ahí que surja la necesidad de que sea válida y efectiva, generada conforme a la ley, a las garantías del debido proceso y a los derechos fundamentales de los intervinientes. Así las cosas, el proceso penal busca la verdad a pesar de que esta sea relativamente disímil a las aspiraciones de unos y otros, pues el resultado del litigio es la verdad del proceso penal (Gössel, 2004, p. 190). En esta misma línea, Volk (2005) la define como la concordancia de una idea de un suceso con el suceso real (p. 206). Por otra parte, Beling (2001) manifiesta que la existencia humana es imperfecta, ubicando la verdad y el error en un proceso de diálogo, en donde la administración de justicia busca ese encuentro entre los hechos y la justicia descubrimiento de la verdad procesal.

En el caso alemán-colombiano, el principio de *verdad material* constituye uno de los principios fundamentales sobre el que se encuentra el proceso penal o disciplinario, pues en un Estado de Derecho no es posible descubrir la verdad a cualquier precio, sino de acuerdo con las reglas que la ley prescribe para tal efecto, de tal forma que lo que el juez descubre no es la *verdad real*,

sino la obtenida por vías formalizadas, es decir, la *verdad procesal*.

Por ejemplo, la inexistencia de una dogmática general sobre la prohibición probatoria, no existe una dogmática en el procedimiento penal que abarque temas probatorios sino simplemente cuestiones prácticas. En el caso de la Ley Procesal Alemana (STPO- párrafo 244.2) se expresa que el juez para *la averiguación de la verdad* tiene que cubrir de oficio la verificación de la prueba, con todos los hechos y los medios probatorios que sean de relevancia para su resolución. Y en el párrafo 136.3 (STPO) las declaraciones obtenidas antijurídicamente no se pueden utilizar incluso en el caso de que el afectado lo acepte, basándose en el pensamiento base que toda prohibición de prueba sirve en últimas a la protección de la dignidad humana sobre la que nadie puede disponer.

De esta manera, no existe en el STPO un principio que evoque directamente a la *cláusula de exclusión de prueba* como sí lo hace el Sistema Procesal colombiano (Ley 906 de 2004, Art. 23), donde presenta que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, en consonancia con el artículo 29 de la CN, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencias de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Por otra parte, frente al caso norteamericano-colombiano, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, la Regla de Exclusión tiene una

expresa consagración constitucional y una minuciosa regulación legal³.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución Nacional establece que “*es nula de pleno derecho, la prueba obtenida, con violación del debido proceso*” (CN Art. 29), postulado que es ratificado por la Corte Constitucional señalando que: la Regla de Exclusión es un remedio procesal para evitar que las garantías judiciales de quienes participan en actuaciones administrativas y judiciales, sean violadas o desconocidas, para admitir pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso (SU-159 de 2002), siendo esta activada cuando se quebranta el derecho al debido proceso del acusado, y tiene como fundamento teórico el efecto disuasorio; por fortuna, las normas procesales penales son más garantistas y las bases teóricas que las componen son otras.

En el caso de Alemania, la ley guarda silencio al respecto pero la jurisprudencia tiende a limitar el efecto de la invalidez a la prueba primaria viciada y a admitir la prueba derivada de esta. No obstante, hay algunas decisiones en

sentido inverso, y la doctrina tiende a ser favorable a admitir el principio del “*efecto lejano*”. Tal como lo enuncia la Sentencia SU-159/2002, la tradición germánica, no da cuenta con una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes.

Por otro lado encontramos cómo la ***prohibición de la prueba*** puede entender todo acto de práctica de improcedente averiguación de los hechos, así como toda inadmisibles introducción de hechos probados en el proceso penal y en el juicio oral. Así las cosas, vemos cómo existe una distinción entre ***prohibiciones de valoración dependiente e independiente***, las primeras de prohibición que viola una norma legal que determina la forma de adquisición de la información y las independientes no violan una norma de adquisición, pero en su resultado puede constituir una injerencia indebida en los derechos fundamentales.

Así también encontramos, las de ***producción de pruebas absolutas y relativas***, en las cuales en las primeras no se permite bajo ninguna consideración la práctica probatoria, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones entre el defensor e imputado; las segundas limitan la obtención de pruebas a condición de que su práctica resulte autorizada o convalidada de conformidad con la ley, como por ejemplo auto-

3. La decisión Hudson vs Michigan como excepción a la regla de exclusión: El controvertido caso se resolvió en el 2006, cuando, ante la sospecha que Mr. Hudson utilizaba su vivienda para guardar cocaína y armas de fuego, la Policía de Michigan obtuvo una orden de registro para allanar su residencia. Al llegar allí, los agentes se anunciaron pero como la puerta se encontraba abierta, estos no esperaron el tiempo requerido sino que tan solo esperaron cuatro segundos y procedieron a ejecutar el allanamiento. Durante el juicio del proceso penal, la defensa de Mr. Hudson alegó que los actos cometidos al registrar su inmueble eran violatorios de sus derechos constitucionales consagrados en la IV Enmienda, específicamente la regla del *knock and announce*. Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que la infracción de esta regla por parte de la Policía, no generaba inadmisibilidad de la evidencia obtenida durante el registro (Hudson vs Michigan, 547 U.S. 586 (2006)).

rización para una intervención corporal, lo cual está reservado para el juez de control de garantías (Guerrero, 2009, p. 157).

De esta manera, se destacan dos tipos de prohibiciones principalmente en la **producción de la prueba** (*beweiserhebungsverbot*) que regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, y su **valoración** (*beweiserwertungsverbot*), correspondientes al uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas. Esta condición o situación de tensión, depende de la **teoría del ámbito de los derechos** (*rechtskreislehre*), de la lesión que se afecta en forma general, el ámbito de derecho del recurrente o si ello es solo una imparición secundaria o no tiene importancia alguna para él (Roxin, 2004, p. 192), en este sentido, se da una relación de equilibrio entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, si se trata de delitos muy graves la valoración es admisible (p. 204).

En el caso colombiano, existen prohibiciones escritas de utilización de pruebas, que bien requieren de una orden judicial para poder ser practicadas tales como el uso de extracciones de sangre, sobre datos personales, en el caso nuestro sobre la inspección corporal o registro personal, que se enmarcan en los artículos 246 y siguientes de nuestro CPP.

Por otra parte, la **teoría del fin de protección de la norma** (*schutzzwecklehre*) aclara que se trata de una ponderación entre los intereses estatales de persecución penal y la averiguación de la verdad por una parte y los intereses individuales del ciudadano, que va dado de la mano con

la **teoría de la ponderación** (*abwägungslehre*) como la gran **Teoría de las prohibiciones probatorias**, ya que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, la cual, termina decidiendo, entre los intereses de los imputados y la persecución penal.

Frente a lo anterior, las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos, corporación que interpretando la IV, V y XIV Enmiendas de la Constitución, crearon, mediante sus sentencias, una regla según la cual es inadmisibles en un proceso penal la incorporación de evidencias obtenidas con violación de los derechos **procesales** del presunto infractor de la ley penal. Una de las diferencias sustanciales con la Regla de Exclusión estadounidense es que en Colombia se excluyen las evidencias obtenidas con violación de cualquier derecho fundamental del presunto responsable (Art. 23 del Código de Procedimiento Penal), mientras que en Estados Unidos esta institución solo opera cuando se han violado los derechos a no declarar contra sí mismo en una causa penal –*V Enmienda*–, al debido proceso –*XIV Enmienda*–, y a la intimidad e inviolabilidad de domicilio –*IV Enmienda*–. Esta última protege a los ciudadanos de los registros e incautaciones irrazonables, e impone la obligación al Estado norteamericano de expedir orden judicial para efectuar el registro o la incautación, siempre que exista causa probable.

Ahora bien, la prueba indirecta prohibida se puede obtener conforme al desarrollo precedente de las investigaciones, siendo esta obtenida sin violación de las reglas de procedimiento.

Tratándose de un *descubrimiento inevitable*, la fuente primaria ilícita de todos modos se hubiese descubierto por otra fuente lícita, a diferencia de la *fente independiente*, la cual requiere de más rigurosidad, puesto que necesita de una investigación que demuestre tal evidencia, extensión conceptual de la regla de la fuente independiente, entonces lo que existe es un cotejo entre la fuente ilegal y un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión.

En Estados Unidos como sucede en Colombia es más favorable a la exclusión de pruebas viciadas que Alemania porque está dispuesto a sacrificar la verdad real y la justicia en el caso presente y porque el juez carece de discrecionalidad (formalismo).

De este modo, la doctrina en Alemania da cuenta de la formalidad del proceso y destaca el valor de la forma para la protección de los intereses de los implicados, unida a la formalización del procedimiento por medio de numerosas garantías jurídicas, como por ejemplo las prohibiciones de prueba, y esto nos lleva dejar a la verdad material por la formal.

Por ejemplo, en el ordenamiento colombiano no existe la consideración de una intervención corporal no competente, tratándose de cuestiones íntimas la prueba practicada por personal no autorizada genera la ilicitud de la prueba, dejando por fuera la ponderación de la solución alemana (Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005), puesto que debe garantizarse la *digni-*

dad humana, por cuanto esta última no es susceptible de relativización, ni tampoco debe ser graduable, como puede ser la presunción de inocencia o la prohibición de tortura, por ejemplo.

El Código de Procedimiento Penal asimiló esta doctrina foránea consagrando los siguientes principios y características (Regla de exclusión general, Art. 23).

- a) Toda prueba violatoria de las garantías fundamentales del proceso es nula y debe excluirse.
- b) Toda prueba derivada (nexo causal) de una prueba ilícita es también nula y debe excluirse.
- c) Toda prueba cuya existencia solo pueda explicarse por medio de una prueba ilícita, también es ilícita y debe excluirse. *Excepciones:* Conservan su validez y por lo tanto pueden ser sujetas a los juicios de pertinencia y admisibilidad las pruebas que: a) Provenzan de una fuente independiente: (Art. 455), b) Tengan un vínculo atenuado (Art. 455)⁴, c) El descubrimiento inevitable (Art. 455)⁵.

4. En U.S. vs CECCOLINI, un testigo que había sido ubicado con información obtenida en un allanamiento ilegal a una floristería, fue aceptado como evidencia, sobre la base que ese testigo (la dueña de la floristería), de manera espontánea colaboró al delatar a su empleado y dependiente.

5. En el caso NIX vs WILLIAMS, durante un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la Policía al lugar donde había enterrado el cadáver de la víctima. La confesión se excluyó de la evidencia, mas no así el cuerpo de la víctima. Se afirmó que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la confesión por más de doscientos voluntarios, por un plan que contemplaba la zona donde se ubicó el cadáver. De esta manera, la diferencia con la fuente independiente es que en esta la prueba alternativa o independiente se requiere que sea actual, en cambio en el descubrimiento inevitable que sea hipotéticamente factible.

CONCLUSIONES

Es necesario recordar los principios rectores de la actividad probatoria, establecidos por el CPP respecto a la necesidad (*utilidad*), autorresponsabilidad (*efecto jurídico*), contradicción, publicidad, intermediación (*contacto probatorio*), concentración (*continuidad e inmediatez*), comunidad (*colectivo de sujetos procesales*), mismidad o insaculación (*prueba pura*), originalidad (*relación directa con el hecho*), libertad (*procedimiento*), principio de parte (*petición y práctica*), carácter rogado (*resolución de lo pedido*), contenciosa, entre otros, por cuanto la adopción de un sistema acusatorio (*no puro*) derivado del americano, cuyas falencias se reflejan en la parte material y adjetiva del sistema penal, en donde los sujetos no son capaces de desarrollar una dogmática sistemática a la hora de presentarse un caso, dejando de lado factores tan importantes como la ponderación (*proporcionalidad en sentido estricto*) y una poca preparación a la hora de aplicar una ponderación frente a un caso concreto, por cierto, esa es mi primera crítica.

En cuanto a la prueba ilícita como consecuencia de la violación de garantías fundamentales (Art. 457), se regula de manera limitada y taxativa la nulidad e ineficacia de los actos procesales estableciendo una causal de nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales (*si la irregularidad es de tal entidad que afecta el debido proceso, considerarse el alcance del debido proceso, considerarse el rol del Derecho Penal*

en el Estado Social de Derecho, exclusión de la prueba significa que esta no puede ser parte ni de la acusación ni de la sentencia) de tal suerte, se configura esta como una oportunidad de defensa, de interpretación constitucional para el amparo de los derechos del procesado con un criterio más amplio y garantista, apoyado por ejemplo en la doctrina de la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

Así mismo, es importante señalar la necesidad de utilizar métodos como la ponderación en caso, el estudio riguroso del Derecho, menos el formalismo para obtener una verdad material en justicia, para consolidar valores fundantes de la sociedad. De esta manera, la valoración o apreciación de la prueba debe ser flexible, dado que la función disuasoria busca y se dirige hacia los organismos del Estado para evitar que sigan tomando pruebas ilegales, evitando que se vulnere el derecho a la dignidad humana mediante el control represivo penal.

REFERENCIAS

- Binder, A. (2001). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad hoc. Buenos Aires.
- Carrara, F. (1944-1949). Programa del curso de Derecho Criminal, traducción de Sebastián Soler, Ricardo Núñez y Ernesto Gavier. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 10 tomos.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Legis.
- Constitución Política de Colombia de 1991*. Editorial Legis.

- Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sala Plena de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005. M.P. Sala Plena de la Corte Constitucional.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Sala Plena de la Corte Constitucional.
- Chiesa Aponte, E. (1995). *Derecho Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. I. Bogotá: Editorial Forum.
- Ferrajoli, L. (2004). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. *Colección Estructuras y procesos: Serie Derecho*. Edición 6.
- Flores Maties, J. *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal*. Temas 1 a 31. Editorial Tirant lo Blanch.
- Hudson vs Michigan, 547 U. S. 586 (2006).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Alemán (StPO).
- San Martín Castro, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Vol II. Lima: Grijley.
- Velayos Martínez, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.