

LA EXCLUSION PROBATORIA COMO PROTECCION DE LA LEGALIDAD

**PRESENTADO POR :
ADRIANA YULIETH CASTRO CASTRO
LILIANA EDITH LOSADA CARDONA
JOSE JOAQUIN VARGAS QUEZADA**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLIN
2013**

LA EXCLUSION PROBATORIA COMO PROTECCION DE LA LEGALIDAD

**PRESENTADO POR:
ADRIANA YULIETH CASTRO CASTRO
LILIANA EDITH LOSADA CARDONA
JOSE JOAQUIN VARGAS QUESADA**

TRABAJO DE GRADO

**TUTOR:
CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLIN
2013**

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION	
1. JUSTIFICACION	7
1.1 JUSTIFICACION PERSONAL.....	7
1.2 JUSTIFICACION PROFESIONAL.....	7
2. APORTES.....	8
2.1 APORTE INSTITUCIONAL.....	8
2.2 APORTE SOCIAL.....	8
3. OBJETIVOS	9
3.1 OBJETIVOS GENERALES.....	9
3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	9
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
5. MARCO CONCEPTUAL.	12
6. LA PRUEBA PENAL EN GENERAL.	17
6.1 OBJETO DE LA PRUEBA.....	20
6.2 FINALIDAD DE LA PRUEBA.	21
7. ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	22
7.1 CARACTERISTICAS RELEVANTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	23
7.2 PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	23
7.3 GARANTIAS PROCESALES Y SU RELACION CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	25
8 PRINCIPIOS ESPECIFICAMENTE PROBATORIOS Y PRINCIPIOS PROBATORIOS APLICABLES A LA PRUEBA.	26

8.1	DIGNIDAD HUMANA.	26
8.2	IMPARCIALIDAD.	26
8.3	CONTRADICCIÓN.	27
8.4	INMEDIACIÓN.	27
8.5	IGUALDAD.	28
8.6	PUBLICIDAD.	29
8.7	LEALTAD.	29
8.8	LIBRE VALORACIÓN.	30
8.9	PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	31
8.10	VERDAD REAL.	32
8.11	NECESIDAD DE LA PRUEBA.	35
8.12	LEGALIDAD DE LA PRUEBA.	37
8.13	CONDUCENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD.	38
8.14	FINALIDAD DE LA PRUEBA.	41
8.15	OPORTUNIDAD.	41
8.16	CONOCIMIENTO PARA CONDENAR.	41
8.17	VALORACIÓN CONJUNTA.	43
8.18	SANA CRÍTICA.	44
9	PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA.....	47
9.1	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA CON VICIOS DE LEGALIDAD	50
9.1.1	NULIDAD.	50
9.1.2	CLAUSULA DE EXCLUSIÓN.	51
9.1.3	EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.	56
9.1.3.1	TEORÍA DEL RIESGO O ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO.....	59
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	61

INTRODUCCION.

El Sistema Penal Acusatorio tiene como fundamento el respeto por el debido proceso y la garantía de los derechos fundamentales de los procesados, en contraposición de la potestad del estado para sancionar las conductas punibles y el derecho de las víctimas a obtener justicia y reparación; lo anterior teniendo en cuenta que la recolección de los elementos materiales probatorios con violación de las garantías fundamentales o recolección de pruebas prohibidas o con violación de los procedimientos previamente establecidos en la ley, podría generar la nulidad de los procedimientos.

Por lo anterior resulta de vital importancia el estudio de la aplicación de la Exclusión Probatoria y sus efectos jurídicos en el proceso penal en cuanto a las garantías de los diferentes sujetos procesales.

1. JUSTIFICACION

1.1 JUSTIFICACION PERSONAL.

En el ámbito de la exclusión probatoria, es importante establecer la contraposición de bienes jurídicos tutelados mediante la norma penal, frente a la potestad del estado de persecución del delito, garantizando en todo caso los derechos fundamentales y respetando los procedimientos previamente establecidos frente a la obtención de la prueba que será presentado en Juicio Oral, los cuales no solo redundan en consecuencias jurídicas sino en consecuencias personales y sociales, en el caso de las victimas cuyo objetivo primordial frente al proceso penal es la obtención de la justicia y la reparación de los daños causados con el ilícito.

1.2 JUSTIFICACION PROFESIONAL.

Como funcionarios Judiciales y Abogados Litigantes, se observa como en los diferentes Despachos Judiciales en Colombia, la Exclusión Probatoria es tratada de diversas formas, generando en muchos casos procesos que violan los derechos Fundamentales de los procesados ante la incorporación de pruebas ilícitas e ilegales, utilizando términos sin distinción de su naturaleza y causa en la resolución de las solicitudes de exclusión probatoria por parte de los Jueces de la Republica.

2. APORTES

2.1 APORTE INSTITUCIONAL.

Con esta investigación, se busca apoyar a las diferentes Instituciones Jurídicas que intervienen en el ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, frente a la responsabilidad social que deben tener en todos sus procedimientos, especialmente cuando se trata de recolección, aducción e incorporación de elementos materiales probatorios al Juicio Oral.

2.2 APORTE SOCIAL.

Propender por el mejoramiento de las garantías y derechos constitucionales a que tienen derecho los diferentes sujetos procesales, y propender el cambio de la imagen de la justicia la cual se encuentra en entredicho para los diferentes sectores sociales para quienes la justicia es un imposible de alcanzar.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVOS GENERALES.

Determinar los casos en que se aplica la exclusión probatoria en materia penal y su determinación expresa en el ordenamiento jurídico penal Colombiano.

Determinar la posibilidad de la exclusión de elementos materiales probatorios y evidencia física derivada de la prueba obtenida con violación de la cadena de custodia.

3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

Determinar si las irregularidades en la cadena de custodia generan exclusión de la prueba por violación de la legalidad

Analizar las consecuencias de los elementos materiales probatorios en los cuales no se cumple con las reglas sobre cadena de custodia, su inclusión o exclusión en el proceso penal.

Determinar si en la doctrina Nacional se han desarrollado criterios sobre la exclusión probatoria, respecto de la prueba ilícita.

Analizar que excepciones a la regla de exclusión se encuentran expresamente contenidas en la ley y su aplicación.

Estudiar la ponderación entre bienes jurídicos tutelados en contraposición, frente a la solicitud de exclusión probatoria, relacionada con el principio de proporcionalidad ajustado a la realidad jurídico – procesal.

Estudiar los casos en que se presenta vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física y su incidencia en la estructura del proceso penal y el ejercicio del ius puniendi por parte del estado.

Determinar la importancia de la prueba en el proceso penal acusatorio, en la obtención de un proceso penal justo.

Analizar las diferentes consecuencias Jurídicas de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal acusatorio vigente en nuestro país.

Conceptualización de las excepciones a la regla de exclusión probatoria en Colombia y su análisis comparado con el Sistema anglosajón.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Cómo opera la cláusula de exclusión respecto a una prueba ilegal en el proceso penal?

RESUMEN

Título del trabajo: La Exclusión Probatoria como Protección de la Legalidad
Autor (S): Adriana Yulieth Castro Castro
Liliana Edith Losada Cardona
José Joaquín Vargas Quezada
Título otorgado: Especialista en Derecho Probatorio Penal
Asesor del trabajo: Carlos Alberto Mojica Araque
Programa de donde egresa: Especialización en Derecho Probatorio Penal.
Ciudad: Medellín
Año: 2013

El Sistema Penal Acusatorio tiene como fundamento el respeto por el debido proceso y la garantía de los derechos fundamentales de los procesados, en contraposición de la potestad del estado para sancionar las conductas punibles y el derecho de las víctimas a obtener justicia y reparación; lo anterior teniendo en cuenta que la recolección de los elementos materiales probatorios con violación de las garantías fundamentales o recolección de pruebas prohibidas o con violación de los procedimientos previamente establecidos en la ley, podría generar la nulidad de los procedimientos. Por lo anterior resulta de vital importancia el estudio de la aplicación de la Exclusión Probatoria y sus efectos jurídicos en el proceso penal en cuanto a las garantías de los diferentes sujetos procesales.

5. MARCO CONCEPTUAL

Se empezara por adentrarse en el tema de la exclusión de la prueba en el ámbito constitucional y normativo, lo que se entiende como principio de exclusión probatoria en materia penal y sus diferentes aplicaciones, como norma rectora referente al tema encontramos el artículo 29 de la Constitución Política, DEBIDO PROCESO: inciso final “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

Es un principio fundamental, según el cual toda persona tiene derecho a que se le respeten ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo, obliga no solo a los jueces si no a todas las autoridades públicas procurando en toda medida el respeto a las formalidades de cada proceso.

El debido proceso comprende un conjunto de principios, y para este caso el de la legalidad nos ocupa.

Podemos evidenciar que la obtención de pruebas con violación de las normas establecidas, afectan sustancialmente este principio, y es por esto que es importante adentrarse en el estudio del mismo.

LA PRUEBA

“La prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías”

PRUEBA ILEGAL Y PRUEBA ILICITA

El principio de exclusión probatoria ha sido desarrollado en la Ley 906 de 2004 a través de los artículos 23 que trata la Cláusula de exclusión probatoria, “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, serán nulas 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 solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Artículo 360 del C.P.P. Prueba Ilegal: “El juez excluirá la practica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previsto en este código”.

Tenemos otros ejemplo como lo son el art. 231, 232 sobre exclusión probatoria en registro de registro y allanamiento, art. 238 oportunidad para solicitar la exclusión probatoria, art. 359 que trata de exclusión rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, art. 455 nulidad derivada de la prueba ilícita.

La Jurisprudencia Constitucional ha desarrollado el tema de la exclusión probatoria en la Sentencia C-591 de 2005, frente a la exclusión probatoria en los registros y allanamientos, así mismo la Corte Suprema de Justicia Sala Penal M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS RAD. 29416 del 23 de abril de 2008, estudio la

exclusión probatoria frente a las pruebas prohibidas, la prueba ilegal o irregular, la sentencia C-209 del 2007 que declaró la exequibilidad del art. 359 inciso primero del C.P.P.

Igualmente la sentencia C-372 de 1997 que trata la nulidad derivada del art. 29 C.N. frente a las consecuencias de la nulidad derivada de la prueba ilegal.

FUENTES DE EXCLUSION

Según el artículo 29 de la constitución política, señala que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, disposición que ha sido desarrollada dentro de las normas procesales, como ejemplo tenemos la prueba ilícita y la prueba ilegal, la primera es la obtenida con violación de derechos fundamentales y la segunda mediante actuaciones irregulares, que violan las garantías del procesado.

SANCION

Según el autor ELIODORO FIERRO MENDEZ en su libro LA PRUEBA COMO CAUSA DE NULIDAD DEL PROCESO PENAL, señala que la consecuencia de obtener una prueba violando garantías fundamentales o el debido proceso será el rechazo de la prueba o la exclusión del acervo probatorio, y lo fundamental es que la prueba ya no podrá ser valorada ni usada para demostrar la responsabilidad del procesado, pero esto se da una vez se cumplan con una condiciones de aplicación de la reglas de exclusión, estas son:

- 1- Examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso.
- 2- Saber el alcance del concepto de debido proceso.
- 3- Tener en cuenta que el derecho penal es un estado social de derecho.

La Corte Suprema en varias jurisprudencias, ha señalado que el desconocimiento de algunas formalidades menores no hacen necesaria la exclusión de la prueba, ya que no afectaría la estructura del proceso ni el derecho de defensa, y si bien es cierto en el evento de una prueba viciada que debe ser excluida no necesariamente supone la nulidad de todo lo actuado, Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación del 21 de febrero del 2007, Rad. 25920 M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

PRUEBAS DERIVADAS, CONDICIONES DE EXCLUSION Y DIFERENCIA ENTRE SISTEMAS

El problema consiste en determinar en qué circunstancias deben ser excluidas las pruebas, el juez penal examina los efectos de la invalidez de la prueba principal, en segundo lugar que la invalidez de la prueba primaria no se extienda, y la tercera los efectos de invalidez de la prueba primaria se extienden a las demás pruebas, “Sentencia SU 159 de 2002 Corte Constitucional”.

Finalmente la regla de exclusión presenta algunas excepciones:

- 1- Doctrina de la atenuación.
- 2- Descubrimiento inevitable.

3- Del acto de Voluntad libre.

En este entendido, la obtención de pruebas con violación del ordenamiento jurídico, la torna en prueba ilegal, la cual debe ser excluida del acervo probatorio, con el fin de garantizar un juicio justo y legal.

6. LA PRUEBA PENAL EN GENERAL.

“La prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías”

Existen varias acepciones de Prueba: entre ellas a saber:

- Prueba en la que permite relacionar un hecho con otro.
- Prueba es conocida como todo medio que produce un conocimiento cierto o probable de cualquier cosa o hecho.
- Es el medio que el legislador reputa apto para confirmar la verdad de los hechos; es la demostración de la existencia o de la verdad de los hechos controvertidos.
- La prueba es conocimiento o el medio de un objeto que se realiza por medio de la percepción, esto significa “que la prueba es toda manifestación objetiva que lleva al acontecimiento de un hecho”.

En el proceso Penal se entiende como un medio que origina el conocimiento de hechos o conductas relacionadas con la conducta punible, es el conocimiento que se lleva al juez de ciertos hechos objeto de investigación, conocimiento obtenido con respeto por los derechos fundamentales y las garantías procesales.

En nuestro Sistema Procesal actual, es decir el Sistema Penal Acusatorio, implementado a través de la Ley 906 de 2004, solo es Prueba aquella que ha sido decretada por el Juez de Conocimiento; el art. 250 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, instituyó en cabeza del ente Acusador como función primordial la ser el organismo que a través de una sucesión de actos,

recauda los elementos de convicción requeridos, los cuales deberán ser sometidos a valoración ante el juez de conocimiento, quien determinara si ellas son suficientes para llegar al conocimiento exigido para emitir un fallo de responsabilidad, del procesado.

Es por esto que el Procedimiento Penal Acusatorio, determinara claramente los momentos procesales a partir de los cuales un determinado elemento de convicción se convierte en Prueba.

Se distinguen claramente en el Sistema Acusatorio dos etapas, una primer fase de Investigación en la cual la Fiscalía general de la Nación a través de los organismos y medios con que cuenta, realiza la fijación de los hechos y determina mediante el programa metodológico la forma de recaudar los elementos materiales probatorios requeridos para ser llevados a juicio.

Es así como realizada la indagación, el ente acusador puede como primer medida solicitar Audiencia ante un Juez de Control de Garantías, para poner en conocimiento del presunto responsable su calidad de imputado (Art. 286 del C.P.P.). Esta Audiencia de Formulación de Imputación es un acto de comunicación del ente acusador al Procesado mediante las cuales se garantizan el respeto del principio de Publicidad característico de nuestro Sistema Probatorio Penal. Dicha imputación la realiza la Fiscalía General de la Nación cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia o dela información legalmente obtenida recaudados en la fase de indagación se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. *En esta misma Audiencia se brinda la oportunidad al procesado de aceptar o no los cargos formulados por la Fiscalía, de no aceptarlos se inicia de forma inmediata la etapa investigativa, en la cual tanto defensa como fiscalía “podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo*

laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo” (art. 268 C.P.P.)

Luego de Formulada la Imputación, el ente acusador cuenta con el termino de 30 días para adoptar una de las siguientes determinaciones:

- Formular Acusación: Si de los elementos probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe, por o cual se formalizara la acusación mediante la presentación del correspondiente Escrito de Acusación de conformidad con los lineamientos establecidos en el art. 336 del C.P.P, realizada la Audiencia a partir de este momento el imputado ostentara la calidad de Acusado
- Solicitar la preclusión de la investigación.
- Solicitar Aplicación del Principio de Oportunidad.

Notese como se ha definido claramente por nuestros legisladores hasta este momento procesal, que se trata de material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, es decir que aún no hablamos de PRUEBAS, pues estas se convierte en prueba sino a partir del momento en que son decretadas por el juez de conocimiento.

Formulada la Acusación, el Juez de conocimiento cita a las parte para llevar a cabo la correspondiente Audiencia Preparatoria el Juicio Oral, en la cual los sujetos procesales podrán solicitar las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y el Juez decretara aquellas que considere pertinentes, conducentes y admisibles. Realizada esta diligencia el Juez señalara fecha y hora para el inicio del Juicio oral (Art. 365 C.P.P). en donde escuchados fiscalía y defensa en la presentación del caso se abre el debate probatorio, practicándose las pruebas

decretadas por el Juez en Audiencia Preparatoria, luego del debate escuchara las conclusiones y tomara la decisión acerca de la responsabilidad o no del Acusado, mediante una sentencia.

6.1 OBJETO DE LA PRUEBA:

Conjunto de motivos que nos pueden llevar al conocimiento de Cualquier Cosa, para algunos autores el objeto de la prueba son los hechos o las afirmaciones de las partes respecto a los mismos, es decir todos aquello que puede ser percibido por los sentidos, igualmente ha de entenderse como la materialidad o tema sobre el que recae la actividad probatoria.

El objeto de la Prueba, según COUTERE, hace relación a la búsqueda de la respuesta a las siguientes preguntas:

- *¿Qué se prueba?*
- *¿Qué cosas deben ser probadas?.*

Se debe tratar de determinar que cosas deben ser probadas en un proceso judicial. Recuérdese que la prueba es la que se practica en juicio y por medio de la cual se trata de llevar conocimiento al Juez quien la recibe y debe valorar, decidiendo si la misma tiene relación con la QUAESTIO IURIS o derecho aplicable o a la QUAESTIO FACTI, que pretende establecer la verdad o no de los hechos objeto de juicio.¹ Para Rosenberg "Objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, a veces las máximas de experiencia y rara vez los preceptos jurídico". Como dice Stein: "El objeto de la prueba procesal sólo lo pueden constituir los preceptos jurídicos y los hechos, puesto que el juez tiene siempre la misión de subsumir supuestos de hechos, es decir, conjunto de hechos, en los preceptos

¹ Objeto de la Prueba. Romero García. 3 de diciembre de 2009.

legales, con objeto de afirmar o negar la procedencia de las consecuencias jurídicas de dichos supuestos fácticos", para Rosenberg, en cuanto al objeto de la prueba, sostiene que se refiere a todo aquello que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial; es decir se trata de los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto un efecto jurídico.²

6.2 FINALIDAD:

Podemos empezar por afirmar que la finalidad de la prueba, es buscar la verdad, por lo tanto busca demostrar, contradecir y reconocer la autenticidad y realidad de los hechos investigados, en conclusión busca constatar la veracidad de lo alegado por los sujetos procesales.

Las pruebas en el proceso judicial, tienen como finalidad, probar las afirmaciones o versiones de la demanda, en el proceso penal la finalidad de la prueba es Descubrir la Verdad Verdadera o real sobre la existencia de un determinado hecho y la responsabilidad del procesado, es decir que la finalidad de la prueba esta dirigida a determinar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de la misma es decir identificar plenamente al responsable de dichos actos, la finalidad de la prueba es proporcionar al juez el conocimiento verdadero de unos hechos, es decir es fuente de la verdad.³

² Objeto de la Prueba. Romero García. 3 de diciembre de 2009.

³ CRUZADO R. Alberto. "La prueba en el proceso Judicial – alcances." Revista Hechos & Derechos No. 45. Junio de 2006. "http://www.normaslegales.com/pdf/hechos/junio2006_pag06-07.pdf

7. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Colombia es un estado social de derecho, así lo pregona la constitución Política *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"* y de ahí se desprende el respeto por los Derechos Fundamentales de todas las personas, norma superior que debe ser respetada en los asuntos penales.

Nuestra Honorable Corte Constitucional en Sentencia No. C-566/95 indica:

"el ESTADO SOCIAL DE DERECHO se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social"

El Estado Social de Derecho es un estado de tipo democrático, se erige sobre los tres valores superiores de LIBERTAD, IGUALDAD Y SEGURIDAD, donde se reconocen los derechos individuales y colectivos (económicos, sociales, culturales), donde se ampara la propiedad privada, pero está a la vez debe cumplir una función social.

La Constitución Política de 1886 en su artículo 52 estipulaba los derechos individuales y las garantías sociales. El artículo 4° de la Constitución Política dice que es "norma de normas".

El artículo 1° de la Constitución define a nuestra nación como un Estado Social de Derecho, es decir que la finalidad última del Estado es la de realizar la justicia social y la dignidad humana, mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional y el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

7.1 CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO:

Priman los Derechos Fundamentales: Estos derechos son una barrera a las posibles arbitrariedades de los Gobernantes, este estado se caracteriza por amparar la libertad del individuo, igualdad, libertades civiles, derechos económicos sociales y culturales, el derecho a la propiedad privada cumpliendo con los fines sociales que le asisten, al estado le corresponde al igual garantizar la seguridad y el disfrute de los derechos consagrados.

División de Poderes: Su principal finalidad es el control de los poderes, busca que no se tornen arbitrarios y deben controlarse entre sí respetando claramente la autonomía que le asiste a cada uno de ellos, en Colombia están divididos en Tres ramas conocidas, la Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

Principio de Autoridad de la ley: Hace referencia a que cualquier actuación ya sea del estado o de los ciudadanos, se regula y está sometidos a la ley.

7.2 PRINCIPIOS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO:

- Reserva Legal.
- Independencia de los Jueces.

- La legalidad de la Administración Pública.
- Justicia Constitucional.

1- **Reserva Legal**: Todas las limitaciones a los derechos de los ciudadanos son posibles siempre y cuando la ley lo autorice.

2- **Independencia de los Jueces**: El juez debe actuar y fallar sin presiones de ningún tipo.

3- **La legalidad de la Administración Pública**: La administración siempre debe actuar de conformidad con la Ley.

4- **Justicia Constitucional**: Los jueces no deben apartarse de los mandatos constitucionales, siempre deben administrar justicia en pro de ellos.

El estado social de derecho parte del supuesto básico de la interacción entre el estado y la sociedad, en un control mutuo y retroalimentación, "El concepto de Estado Social de Derecho supone e implica el entrecruzamiento, interacción o simbiosis de Estado y Sociedad".

En conclusión tenemos que cuando hablamos de estado social de derecho, hablamos de un Estado regulado por Normas, están sujetos a estas tanto los gobernantes como los gobernados, de esto se desprende que se tengan que respetar las garantías procesales y derechos fundamentales a que tienen derechos por ley los intervinientes en un proceso penal.

7.3 GARANTIAS PROCESALES Y SU RELACION CON DERECHOS FUNDAMENTALES.

Las Garantías Procesales van encaminadas a defender y Proteger los Derechos Fundamentales que le asisten a cada ciudadano que se ve inmerso en un proceso Judicial *“Las Garantías Procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso”*

Existen Garantías Generales son las que guían el proceso y fortalecen las garantías específicas,

8.--PRINCIPIOS ESPECIFICAMENTE PROBATORIOS Y PRINCIPIOS PROBATORIOS APLICABLES A LA PRUEBA.

8.1 DIGNIDAD HUMANA.

Es un principio fundamental en la sociedad actual, ya que todos los procedimientos deben ceñirse al respeto de la persona y de sus condiciones inherentes.

ART. 1º—Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana la cual emana de las siguientes disposiciones., L. 16/72. Convención Americana., C.N. ART. 94., L. 74/68. Pacto Internacional de Derechos Económicos., L. 74/68. Pacto Internacional de Derechos Económicos., L. 74/68. Pacto Internacional de Derechos Económicos., L. 16/72. Convención Americana., L. 16/72. Convención Americana., L.E. 137/94.ART. 3º.

8.2 IMPARCIALIDAD.

El Juez o fallador debe asumir una posición en un plano de igualdad y apoyarse en el material probatorio aportado por las partes, dejando de lado sus condicionamientos personales y juicios personales de valor frente a los hechos y los partes.

8.3 CONTRADICCIÓN.

Concepto: consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad. Por tanto, este principio únicamente se presenta en los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso.

Aspectos: son dos los aspectos que integran la contradicción: 1) el derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto, y, 2) la posibilidad que tiene la parte de controlar la regularidad y cumplimiento de los preceptos legales.

Finalidad: se persigue con este principio evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes. Es por esto que “debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en ponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y, por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas”, como lo afirma Eduardo J. Couture.

La contradicción no requiere que la parte en cuyo favor se surte realice los actos que con tal efecto consagra la ley, sino basta que se le haga conocer la respectiva providencia, puesto esto le da la posibilidad de llevarlos a cabo. De ahí que el principio de contradicción tenga íntima relación con el principio de la publicidad.

8.4 INMEDIACION.

El principio de la inmediación es aquel de la evacuación de pruebas quien directamente se encarga el juez, es obligar al juez para que utilice o evacue los casos.

8.5 IGUALDAD.

Significa que las dos partes, constituidas por el demandante y el demandado o el acusador y el acusado dispongan de las mismas oportunidades para formular cargos y descargos y ejercer los derechos tendientes a demostrarlos.

Refiriéndose a la igualdad en el marco de la actividad probatoria, Avila Paz de Robledo sostiene que la misma se manifiesta en igualdad de posibilidades y oportunidades: “Los distintos planos del juez y de las partes, inclusive las posiciones contrapuestas de éstas (actordemandado;reconviniente-reconvenido; excepcionante – excepcionado; impugnante – impugnado;ejecutante – ejecutado; acusación – defensa), con soluciones diversas como corresponde, determina que la igualdad comprenda a todos los sujetos para lograr el equilibrio procesal, a cuyo fin a las partes les da iguales posibilidades y oportunidades para el ejercicio de sus poderes de acción y excepción (nosotros diríamos solamente acción) a la par que les asegura un tratamiento de los jueces, a quienes exige su imparcialidad durante el proceso yal juzgar la causa. Configura arbitrariedad la violación a este corolario, cuando a una parte se le niega lo que a la otra se le otorga en cuanto alegación, prueba e impugnación.

Este marco de igualdad se manifiesta en la publicidad de la prueba y en la posibilidad del contralor de la misma por la contraria. La igualdad conduce a la posibilidad de hacer efectivo también el contradictorio pleno en la actividad probatoria, sin el cual, la prueba, por seria que fuere carecerá de validez y de eficacia.

También la igualdad de la prueba se refleja en la garantía de imparcialidad del juzgador, pues si éste va violando los distintos principios de prueba, incluido el de legalidad de la prueba mediante actividad probatoria oficiosa, o incluso el de necesidad de la prueba mediante el aporte de su conocimiento privado, violaría

automáticamente la imparcialidad, garantía constitucional reconocida como primordial en el debido proceso.

8.6 PUBLICIDAD.

Concepto: consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial.

Clases: se puede considerar desde dos puntos de vista: Interno y Externo.

Publicidad interna: se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicación se cumple mediante la notificación de la providencia.

Publicidad externa: es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal, y la recepción de pruebas, en el área civil y laboral.

8.7 LEALTAD.

Algunos tratadistas consideran que estos dos principios son diferentes, pero en verdad se trata más bien de dos manifestaciones del mismo aspecto, por cuanto ambas se refieren a la conducta de las partes y con el fin de obtener la recta administración de justicia.

El principio de concreta a que las partes no utilicen el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o dolosos, o alegar hechos contrarios a la

realidad, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento.

Tales actuaciones entrañan la inobservancia de un deber y por ello acarrea sanciones de tipo patrimonial y de índole penal, que se imponen tanto a las partes como a su respectivo apoderado.

8.8 LIBRE VALORACION.

El código de procedimiento penal en su , art. 273 refiere “Criterios de valoración. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe”

La jurisprudencia da cuenta que “ La cadena de custodia no condiciona la admisión de la prueba. La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan —como si se tratase de un requisito de legalidad— la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de

custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos estos a los que tendrá que enfilarse la crítica la parte contra la cual se aduce" ". (CSJ, Cas. Penal, Sent. feb. 21 /2007 , Rad. 25920 . M.P. Javier Zapata Ortiz).

8.9 PRESUNCION DE INOCENCIA.

La ley 16/72. Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica

ART. 8º—Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del tribunal;
- b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

- c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Derecho de la defensa, de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los derechos de la justicia (§ ART. 119.).

8.10 VERDAD REAL.

Es el más importante. La prueba tiene que ser para descubrir la verdad real de lo acontecido. En las actuaciones penales, la producción de la prueba debe hallarse teleológicamente dirigida a la búsqueda y obtención de la verdad real. Irradia todo el plexo normativo probatorio penal.

Fuentes Normativas: Directas: Artículos 5, 372, 373, 375, 376 del C. de P. Penal.

Se complementa con otros subprincipios (para algunos son autónomos) porque están subordinados a la verdad real. Por fuera de ella se convierten en meras reglas. Son:

a. Libertad de prueba: Tanto desde el punto de vista del objeto como de los medios. Si se quiere obtener la verdad real, debe haber libertad para buscarla.

Objeto: Posibilidad de probar todo aquello que sea relevante para el proceso. Art. 373 del C. de P. Penal por el aspecto de que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se pueden probar por cualquiera de los medios establecidos en el estatuto procesal penal o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos. Sobre los medios de conocimiento trata el Art. 383 del mismo estatuto.

b. Aseguramiento de la prueba: El capítulo V del título primero del C. de P. Penal regula la denominada “Cadena de Custodia” (arts. 254 a 266), con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y la evidencia física.

c. Obtención coactiva de los medios materiales de prueba: Los documentos, las cosas y, a veces, la persona física cuando es objeto de prueba, deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionen con los hechos del proceso.

Permite allanamientos, acceso a archivos públicos y privados e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos.

Si la justicia que se quiere impartir depende de la prueba, es absurdo que el juez carezca de facultades para obtenerla.

Existe un deber de prestarle colaboración a la justicia y esa colaboración es un límite necesario a la libertad individual, impuesta por razones de interés público.

Es un deber ciudadano de cooperación, no a los fines de los interesados en el proceso, sino a los de naturaleza pública y que interesan a la comunidad.

Si no se suministra la prueba o no se pone a disposición del juez voluntariamente, debe ejercerse la coacción para ese efecto, tanto sobre cosas como sobre personas.

Es un deber basado en la solidaridad social frente al Estado.

d. Autenticidad y espontaneidad de la prueba (Naturalidad). Largas épocas de absurdas coacciones a testigos y sindicados. Tiranías modernas tienen otros métodos más sofisticados, de moderno refinamiento Ej. Narcoanálisis.

Tanto el testimonio, como el dictamen pericial, deben ser espontáneos o naturales y las personas que los formulan no deben verse coaccionadas en sus facultades o conciencia por ningún medio físico o síquico.

Framarino: Constituye violencia moral “la expresión feroz y la voz bronca de algunos instructores modernos”.

El principio incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes, copias falsificadas o alteradas u obtenidas mediante amenazas.

El principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y, por tanto, sin valor jurídico.

e. Inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba: Deseable el contacto directo entre el juez y la fuente de la prueba. Arts. 16 y 379 del C. de P. Penal. En el juicio únicamente se estimara como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma publica, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su efectiva contradicción, es indispensable que sea el juez quien de manera inmediata la dirija.

El principio contribuye a la autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y validez de la prueba, pues de lo contrario el debate se convertiría en una lucha privada.

En los procedimientos orales se cumple mejor la inmediación.

La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de confesión, testimonios e inspecciones.

También significa que el juez no debe permanecer inactivo ni hacer el papel de simple receptor de pruebas, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes y para ordenar oficiosamente otras.

Jeremías Bentham: “La inmediación hace aconsejable que el juez instructor sea quien dicte sentencia de fondo”.

Francesco Carnelutti: ““La prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho a probar”.

Nicola Framarino: “ Para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten de manera inmediata al juzgador, a fin de que éste pueda examinarlas directamente y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas”.

8.11 NECESIDAD DE LA PRUEBA.

Es principio inspirador y regulador de la obtención de la prueba. En las actuaciones penales, las decisiones de los funcionarios judiciales deben fundamentarse en las pruebas existentes dentro del proceso. Toda decisión debe comparecerse con la prueba y no estar basada en el arbitrio del juez. O sea que en nada debe fundamentarse que no sea la prueba. No se puede basar en el conocimiento privado del funcionario. El conocimiento privado que tenga el funcionario de los hechos, no le sirve para basar sus decisiones.

Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los sujetos procesales, sin que pueda suplirlas con el conocimiento privado que tenga, porque sería desconocer la publicidad y contradicción indispensables para la validez del medio probatorio.

Qué ocurre si el funcionario presencié los hechos y luego le corresponde el caso? El funcionario no puede actuar como juez, pero no existe causal expresa de impedimento; sin embargo, dichas causales no pueden ser tan taxativas porque si considera que algo puede afectar su imparcialidad debe entonces declararse impedido.

Reafirma la libertad y derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

Jeremías Betas, sobre el conocimiento privado del juez, aduce: “No basta que su decisión sea justa, sino es necesario que además lo parezca... Nada habría más peligroso que dejar que se confundiesen los oficios de testigo y juez”.

Eugenio Florián, aduce: “Si bien el juez es libre en la formación del propio convencimiento final, no lo es en cuanto a las fuentes de que se sirve para el caso

... El juez debe juzgar de acuerdo con lo alegado y probado ... lo que no consta en el proceso no existe en este mundo”.

Cuando el hecho es notorio la ley exime su prueba, pues pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió.

Dicho principio está comprendido en la regla que ordena al juez resolver “conforme a lo alegado y probado”.

8.12 LEGALIDAD DE LA PRUEBA.

El núcleo preceptivo se funda en que, en las actuaciones penales, la producción u obtención de la prueba debe ceñirse expresamente a los presupuestos o requisitos legalmente establecidos en orden a su petición, decreto y práctica; a estos tres elementos se les conoce como procedimiento probatorio.

Este principio tiene como fuente directa el Art. 29 – 5 C.N. y 23 del C.P. P.. Se dice que no se puede demostrar el hecho con prueba ilegal.

Producción (petición, decreto y práctica) ----- Valor.

No puede haber oficiosamente llamamiento en garantía al tercero civilmente responsable.

Todas las pruebas deben ser decretadas en aras a su legalidad. La prueba se pide o se aporta por los autorizados para ello porque no cualquiera lo puede hacer. Es más que indispensable la solicitud y el decreto de las pruebas según los Arts. 357, 358, 359 y 362 del C. de P. Penal. Precisamente el Art. 357 citado, al tratar sobre las “Solicitudes Probatorias” indica que, durante la audiencia preparatoria el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas, por la Fiscalía y la Defensa, cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en el Código de P. Penal.

En Colombia la investigación es para la imputación y en la etapa del juicio se tiene es la acusación. La imputación es una relación jurídica que hace el Estado por medio de un funcionario a una persona determinada y la imputación nace como un acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

El juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador para llegar a una conclusión sobre la existencia y modalidades del hecho investigado y la responsabilidad del sindicado.

8.13 CONDUCTENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD.

Para Alvaro Vargas los dos primeros términos son sinónimos, mas no en la teoría general de la prueba ni en la teoría prueba civil porque en ellas la conducencia se refiere a la posibilidad de utilizar determinado medio probatorio para probar ciertos hechos. Si el medio no es lo suficientemente apto para probar el hecho se dice que la prueba es inconducente. La demostración del dominio sobre un inmueble se hace con la escritura pública debidamente registrada.

La pertinencia, hace relación a que la prueba tenga que ver con el objeto materia de discusión, es decir, la relación de la prueba con los hechos materia del proceso.

Núcleo: En las actuaciones penales la prueba debe versar sobre los hechos que sea necesario y legalmente permitido probar. Entra el tema de la prueba legalmente prohibida y de la prueba superflua. La presunción de inocencia comporta una negación indefinida, que es algo que no se demuestra. En el

proceso penal hay que probar los hechos necesarios y que legalmente esté permitido probar.

Cuando los sujetos procesales solicitan pruebas debe indicar cuál es el fin de las mismas, porque se debe saber qué es lo que se quiere probar, al igual que se debe decir para qué se anexa un documento.

Para el profesor Hernando Devis Echandía, el concepto de prueba conducente e inconducente es el siguiente: "... Pruebas conducentes son aquellas que están permitidas por la ley, bien sea por estar incluidas en la enumeración taxativa que de ellos contenga y por no existir prohibición de utilizarla para el hecho particular que se pretende demostrar o porque el juez le reconoce valor probatorio cuando la ley lo haya dejado en libertad para apreciarlo; pruebas inconducentes son las que la ley no autoriza en general o prohíbe en un caso particular y las que el juez considera desprovistas de valor cuando existe libertad de medios ...".

Criticando la anterior posición, Jorge Arenas Salazar⁴, aduce al respecto las siguientes precisiones y conceptúa sobre otras, así:

"Pruebas inconducentes. Son las que no tienen consonancia con el thema de prueba en cada proceso. Se entiende por thema de prueba lo que debe probarse en cada proceso según su específica naturaleza.

"... Esta noción de tan distinguido tratadista, tal vez no sea muy aplicable en este campo penal en donde las normas y la jurisprudencia tratan con categorías muy diferentes la prueba ilegal, la prueba prohibida, la prueba inválida y la prueba inconducente, además de la ilícita, la ineficaz y la superflua.

"Pruebas ilegales. Son las que se obtienen con violación al régimen legal que las regula.

⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. "Pruebas Penales". Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996

“Pruebas legalmente prohibidas. Son las que por disposición expresa de la ley está vedado recaudar, practicar, aportar o estimar, en un proceso.

“Pruebas ineficaces. Son las que carecen de aptitud probatoria. Se entiende por aptitud probatoria, la capacidad de una prueba para demostrar algo. La prueba ineficaz, por tanto, es la que carece de potencialidad o de capacidad para probar. De todas maneras, para determinar la ineficacia de una prueba siempre será necesario confrontar las normas que la regulan. Esta ineficacia es jurídica, nunca se la puede proclamar con criterios subjetivos.

“Pruebas impertinentes. Son las que no guardan pertinencia, que no son apropiadas, que no vienen al caso y, por lo tanto, no son atinentes con respecto al thema de prueba. La noción es idéntica a la de inconducencia.

“Prueba superflua. Es la que está de más, denominada también no necesaria e inútil, es decir, la que finalmente sobra, es excedente. No se requiere en el proceso habida cuenta de la fuerza probatoria de las que ya obran en el expediente, que prueban por entero lo que la adicional pretende probar. Es una noción por esencia relativa y condicionada a lo que ya preexiste en el proceso.

“En todos estos casos, el funcionario judicial está en el deber de inadmitir las pruebas que tengan estas falencias, vicios o defectos...” (Autor citado: “Pruebas penales”).

Sobre el particular, los artículos 375 y 376 del C. de P. Penal se refieren, en su orden, a la pertinencia y admisibilidad.

El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancia relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo 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.

Toda prueba pertinente es admisible, salvo los casos expresamente consagrados por el Art. 376 del C. de P. Penal.

8.14 FINALIDAD DE LA PRUEBA.

El Art. 372 del C. de P. Penal recaba que las pruebas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o participe.

8.15 OPORTUNIDAD DE LAS PRUEBAS.

Según ordena el canon 374 del Estatuto Procesal Penal, toda prueba deberá ser presentada o solicitada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357 y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público

8.16 CONOCIMIENTO PARA CONDENAR.

Para condenar 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 puede fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, es lo que reza el Art. 381 del C. de P. Penal, que no hace cosa diferente a reafirmar la norma rectora del debido proceso

plasmada por el Art. 7, inciso final, de la misma normatividad, cuando aduce que para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda y que resultar ser fiel reflejo de la presunción de inocencia y su consecuencia del “ In dubio pro reo “.

La verdad es la correspondencia entre el objeto y la idea que de él se tiene. Es un concepto objetivo.

La certeza es convencimiento de que se conoce o posee la verdad. Es concepto subjetivo. Podemos tener certeza de un hecho no cierto.

Lo que interesa en la fase de producción es que la prueba se encamine a obtener la verdad real y si se cumple este fin, el convencimiento de que habla la ley es el que surge de la contemplación de la verdad real que se ha obtenido por esa prueba y por ello se vuelve en una certeza controlable porque tiene fundamento en la prueba.

Por ello, ha dicho la Doctrina, “por ‘conocimiento más allá de toda duda, sólo puede entenderse la certeza. Ningún otro estado de la mente puede ser suficiente para condenar. Pero es claro que esa certeza deviene de lo probado en el debate, es decir, no puede el fallador recurrir a su ‘convicción interior’ para tomar una determinación, no; el juez debe asumir la certeza de responsabilidad atendiendo los lineamientos de las reglas de evidencia, esto es, que no puede apartarse de lo demostrado en el debate oral, en el que se seguirá indefectiblemente toda la estructura de este nuevo esquema, en torno al manejo del material probatorio, es decir, la oralidad, concentración, legalidad, controversia, intermediación y con respeto de todos y cada uno de los principios que orientan la presentación de todo el acervo probatorio.

“Ahora, en cuanto a la insuficiencia de la prueba de referencia para condenar, resulta apenas obvia de cara al principio de intermediación que es vital en un sistema acusatorio. En efecto, si tenemos en cuenta que en la prueba de referencia se

parte del supuesto de que no fue posible que el testigo, por muerte o por encontrarse secuestrado, por ejemplo, compareciera a ratificar su declaración, es claro que esta prueba carece de la virtualidad necesaria para transmitir un conocimiento por fuera de toda duda, que es el que se requiere para condenar. La prueba de referencia, como su nombre lo indica, es solo eso y únicamente sirve para con base en ella consolidar datos o mostrar la necesidad de establecer determinado hecho”.⁵

“ ... La certeza es un juicio fundado de que se está en lo cierto. Es conocimiento cierto y seguro de algo. ‘La certeza y la verdad, no siempre coinciden: muchas veces se está cierto de lo que es objetivamente falso; otras suscita dudas lo que efectivamente es verdadero, y la verdad misma que a uno le parece cierta, le parece a otros dudosa y acaso falsa a un tercero.

“Cuando el juicio se funda en pruebas objetivas, la subjetividad de la certeza desaparece y se convierte en certeza objetiva. Esta es controlable y puede ser aceptada por todos. A esta certeza es a la que se refiere el citado artículo 247...”⁶

8.17 VALORACION CONJUNTA.

En las actuaciones penales cada prueba en particular y el acervo probatorio en su totalidad, debe apreciarse y valorarse en su integridad, descomponiendo el todo en sus distintas partes y luego recomponiéndolo a partir de éstas mediante el método analítico y sintético. La fuente normativa está en el Art. 380 del C.P.P.

⁵ ZULETA CANO José Abad y otros. “Nuevo Código de Procedimiento Penal. Sistema acusatorio”. 3ª. Edición, Librería Jurídica /Sánchez R. Ltda., Medellín, 2006, pagina 501.

⁶ (ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. “Lecciones de derecho probatorio penal”); Impresos Baena Garcés, Medellín, 1987.

Analítico - descompongo el todo... Sintético --Recompongo el todo. 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 los señalados en el respectivo capítulo.

8.18 SANA CRITICA.

En las actuaciones penales, cada prueba en particular y el acervo probatorio en su totalidad, deben valorarse o apreciarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que implica tener en cuenta las leyes de la lógica, los principios de la ciencia, los desarrollos de la tecnología y las reglas de la experiencia.

No deben confundirse tres entidades que son claramente diferenciables, así:

Sistemas Procesales (Organización externa del proceso penal): Acusatorio, inquisitivo, mixto con tendencia acusatoria (acusatorio formal) y mixto moderno.

Sistemas Probatorios Penales (Sistema de organización de la prueba dentro del sistema procesal). Prueba Legal, prueba libre y mixto.

Métodos de apreciación de las pruebas penales (forma como el juez aprecia e interpreta las pruebas). Convicción íntima, sana crítica o convicción racional o apreciación razonada de las pruebas y tarifa legal.

En cuanto al método de apreciación de las pruebas de la Sana Crítica o apreciación racional acogido por nuestra legislación, es intermedio entre los dos anteriores; provienen los términos de la legislación española y alemana, al respecto.

Concepto Inicial: Conjunto de directrices hechas por el legislador al juez, abstracta y genéricamente, que lo inducen a decidir en forma razonada y reflexiva.

Luego su contenido cambió y la sana crítica pasó a estar constituida por las leyes de la lógica y la experiencia. Reglas que guían el entendimiento humano.

“Es el sistema de valoración probatoria por el cual el legislador faculta al juzgador para, a través de la certeza inferida de la masa de pruebas o de determinado medio de prueba, establecer su convencimiento, de acuerdo a su libre criterio, tan sólo regulado por la sana razón, las formas procesales, el objeto de la prueba, el thema probandum, y exigiéndole la motivación de sus providencias”⁷

Hoy día y ante el avance de las ciencias técnicas y de la sicología experimental, es dable hablar ya de un cuarto método de apreciación que es el “**Técnico Científico de valoración e interpretación de las pruebas**”, que precisamente se apoya en los progresos científicos, técnicos y tecnológicos. La objetividad es el fundamento general del método. La ciencia con sus métodos de observación, experimentación y cuantificación le ofrece al hombre verdades más seguras cada día y rectifica algunas inconmovibles y absolutas. Técnica y tecnología le ofrecen nuevos instrumentos y procedimientos de verificación objetiva de la verdad. El dictamen pericial como prueba reina.

Técnica: Se refiere a un sistema de acciones, procedimientos e instrumentos articulados independientes del desarrollo de la industria y la ciencia. Ej. De estudio, acuarela, escritura.

Tecnología: Sistema de acciones, procedimientos e instrumentos sumamente integrados en los procesos productivos industriales y estrechamente vinculados al conocimiento científico. Ej. Tecnología nuclear, espacial, aeronáutica. Ambas se alimentan recíprocamente.

⁷ CUELLO IRIARTE, Gustavo. “La sana Crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial)”. Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1987

Como el Juez es el encargado de evaluar, debe ser experto al menos en la técnica probatoria constituida por los principios y fundamentos de la ciencia que se aplique y la tecnología utilizada. Precisamente dentro de la fase técnico científica de apreciación de las pruebas, el método no se limita a la simple apreciación, sino que se proyecta más allá en dirección a su interpretación (en el fondo “interpretación de la prueba”). Se logra reconstruyendo íntegramente los hechos, respondiendo a las preguntas qué significa para el proceso cada prueba en concreto, individualmente considerada y en relación con las demás; por qué y para qué apreciamos determinado medio de prueba. En síntesis, debe atenderse al motivo, sentido y finalidad de la prueba.

El funcionario debe hacer gala de conocimientos científicos y técnicos. Conocer los fundamentos de las ciencias y técnicas a aplicar. Ej. Principios de dactiloscopia, balística.

En fin y retomando la ilación, debemos anotar que las reglas de la sana crítica se refieren a los principios y leyes de la lógica, principios y teorías científicas, técnica y tecnología, máximas o reglas de la experiencia, principios y valores superiores del orden jurídico y los criterios auxiliares de la actividad judicial.

Se caracteriza el método de apreciación porque

1. El juez examina la prueba racionalmente con base en las citadas reglas.
2. La prueba debe ser válidamente allegada al proceso.
3. El examen conjunto del material probatorio
4. La apreciación probatoria no es un acto simple de intuición, impresión o sugestión, sino un proceso complejo de interpretación.

9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA

El principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales en el Proceso Penal pues conlleva implícita el respeto por la Constitución Nacional, norma de normas y los Derechos Fundamentales.

La normatividad penal presupone que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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”. Exige por ende el respeto de las leyes y las garantías procesales a lo largo del proceso penal en sus diferentes etapas procesales: indagación, investigación y juzgamiento, es decir de principio a fin la actuación debe estar amparada por la legalidad, de no ser así conllevaría a una actuación ilegítima que abre la puerta para que cualquiera de los sujetos procesales pueda incoar ante el juez la solicitud de declaratoria de nulidad amparada bajo las causales determinadas por la Ley.

Según Ortiz Barreto Claudia Patricia:

“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

Así, al ser el principio norma de aplicación inmediata, la legalidad es una norma de estricto cumplimiento que tiene como poderoso fin

salvaguardar, entre otros derechos fundamentales, el de la libertad individual o física....”⁸

Según el principio de legalidad, en el proceso penal, se debe garantizar a los ciudadanos el respeto de los postulados Constitucionales y legales, es decir, que todos los órganos del estado están sujetos a él, pues el principio de legalidad es de obligatorio cumplimiento.

La Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano, en su artículo 6, consagra:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”.

El principio de legalidad en Colombia, como se enuncio en precedencia tiene su cimiento en la Carta Constitucional, norma de normas, instituido en el preámbulo: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, tiene la facultad de decretar, sancionar y promulgar las leyes...”

En cuanto al principio de legalidad en el proceso penal, se tiene que la Ley 599 de 2000, ha establecido los bienes jurídicos tutelados por la Ley y de los cuales cualquier transgresión estipula las consecuencias jurídicas para ello, debiendo castigar a quien los lesione o ponga en peligro, entre los principios consagrados

⁸ ORTIZ Barreto Claudia Patricia. “Principio de Legalidad en la Ley Penal Colombiana” Revista Criterio Jurídico Garantista. Año 2 No. 2. Enero a Junio de 2010.

en la ley penal se estipula la garantías a todos los sujetos procesales intervinientes en la actuación. Por ende en el Código Penal y leyes procesales pertinentes, se tienen claramente definidos, los hechos que constituyen delito, la pena a imponer, los sujetos tanto activo y pasivo de la conducta penal, el procedimiento aplicable, la autoridad competente, etc..

Nuestra Constitución Nacional a través de su artículo 29 Superior establece el derecho al Debido Proceso:

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 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.

Nótese como, claramente la Constitución Nacional ha establecido la sanción, cuando las pruebas han sido con violación del debido proceso, que no es sino la manifestación inequívoca del principio de Legalidad.

9.1 CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PRUEBA CON VICIOS DE LEGALIDAD

Como se enuncio en el capítulo anterior, aquellas pruebas obtenidas con violación del Debido Proceso, es nula de Pleno Derecho, es esta la consecuencia jurídica que otorga la Constitución Nacional a este tipo de actuaciones con vicios de legalidad.

El artículo 6º de la 906 de 2004, ampara el principio de legalidad determinando que nadie podrá ser investigado ni juzgado, sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos y con la observancia de las formas propias de cada juicio, siendo la ley procesal de efectos sustanciales permisivos o favorables aun cuando sea posterior a la actuación, preferente a la restrictiva o desfavorable, esta normatividad en conjunto, es decir la Constitución Nacional y la Norma sustancial y procesales, pretenden brindar seguridad jurídica a los sujetos procesales.

9.1.1 NULIDAD

La Nulidad en el Proceso Penal Colombiano se encuentra definida en el Título VI de la Ley 906 de 2004, que trata de la ineficacia de los Actos procesales de la siguiente manera:

ARTÍCULO 455. NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

ARTÍCULO 456. NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ. Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

ARTÍCULO 458. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título

El art. 23 de la misma norma a su vez señala: CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. 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 solo puedan explicarse en razón de su existencia.

9.1.2 CLAUSULA DE EXCLUSION

Los artículos 23, 360 y 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal, constituyen el conjunto de reglas jurídicas que soportan legalmente el deber jurídico de exclusión de la prueba ilícita. Estas disposiciones desarrollan el inciso 5º del artículo 29 de la Constitución que consagra, en forma categórica y definitiva, la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso. De ahí que, es cierto que los elementos probatorios o evidencias físicas obtenidas ilícitamente no

tienen vocación probatoria porque no pueden surtir efectos jurídicos, pues la violación de los derechos y garantías individuales no puede ser el fundamento de ninguna decisión judicial condenatoria.⁹

La finalidad de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, no es otra que la de proteger el sistema jurídico y los derechos y libertades ciudadanas, por ende es obligación para el juez competente que involucra no sólo la declaración de nulidad de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, las que sean consecuencia de aquellas o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, sino también su exclusión de la actuación procesal. sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual dijo:

*“El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título 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 **cláusula 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 obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las

⁹ Sentencia C-210/07. Referencia: expediente D-6405. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 92 (parcial), 97, 118, 119 (parcial), 232 (parcial) y 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

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, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, se ajusta al artículo 29 Superior, razón por la cual lo declarará exequible por el cargo analizado”.

El artículo 29 Constitucional, ha señalado de manera clara las dos fuentes jurídicas de la exclusión probatoria a saber: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La prueba inconstitucional se refiere a aquella que ha sido obtenida con violación de los Derechos Fundamentales y la prueba ilícita es aquella obtenida mediante la trasgresión de las garantías del investigado, imputado o acusado en el respectivo proceso penal.

Para evaluar si una determinada prueba es lícita o no, se han consagrado en nuestra legislación, las condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba.

Entre las consecuencias a la violación al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “*rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.*” *En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo*

fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad”.

La Corte advirtió, que para determinar si existe o no violación del debido Proceso, que tenga como consecuencia la exclusión probatoria, es menester tener en cuenta tres consideraciones al respecto:

1. *Examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas.*
2. *Considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad*

de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

3. *Tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.*
4. *Exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia.*

La prueba ilícita, no produce efectos jurídicos, por cuanto la misma no ha nacido a la vida jurídica, pero requiere para su inmediata exclusión del acervo probatorio, ser evaluada por el juez quien determinara la ilicitud o ilegalidad de la prueba, para que así sea suprimida de la actuación judicial.

El legislador, estipulo la exclusión de los elementos materiales probatorios o evidencias recolectadas en forma ilícita, en el art. 232 del C.P.P. como en el caso de allanamientos o registros ilícitos, interceptación de llamadas, u cualquier otro

elemento material probatorio, puede tener efectos directos e indirectos en el proceso penal.

EL Juez de control de Garantías, es el garante de los derechos constitucionales y el supervisor de las autoridades públicas y particulares en la investigación penal, el juez de control de garantías, pues es quien tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto, tanto Control Previo como posterior de los diferentes procedimientos adelantados por las partes, es claro que la regla de exclusión es aplicable a las diferentes etapas del proceso, *con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.*

El Control Judicial Posterior que se realiza sobre las diligencias de allanamiento y registro, se realiza con la finalidad de excluir los elementos materiales probatorios y evidencia física que ha sido recaudada de manera irregular, para evitar su ingreso en el torrente probatoria de la actuación.

9.1.3 EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION PROBATORIA

La exclusión probatoria se da cuando se han obtenido elementos materiales probatorias o evidencia física con violación del debido proceso o violación de los derechos fundamentales, sanción que se aplica de igual manera a las pruebas derivadas de estas o Teoría que se conoce con los nombre de “Teoría del árbol ponzoñoso”

Sin embargo en la actuación judicial existen excepciones a la Cláusula de Exclusión Probatoria, mediante un análisis detallado, las excepciones a esta cláusula reconocidas en nuestro ordenamiento Jurídico Penal.

Las excepciones a la regla de exclusión son criterios que [...] apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas **pruebas derivadas** que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.¹⁰

El artículo 455 del C.P.P., frente a la teoría de la fuente Independiente parte de la existencia de dos pruebas, una legal y otra ilegal, pero entre ellas no debe existir un vínculo causal, por ende de lo que se trata es de determinar si dicha evidencia material tiene un origen diverso al de la prueba obtenida de forma ilegal. En este caso no se trata de una prueba derivada, se trata de una prueba independiente.

La Teoría del Vínculo atenuado hace relación: al vínculo que existe entre una prueba ilícita y una prueba derivada de esta el cual debe ser tan tenue que casi se diluye o no puede encontrarse, pues de persistir se trataría de una auténtica prueba derivada y deberá aplicársele la misma consecuencia que a la prueba ilegal, es decir “permite la condena de ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente, bien por el paso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la Fiscalía en la investigación penal o el simple azar.

La Teoría del Descubrimiento Inevitable consiste en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”. Como acontecería por ejemplo en el hallazgo de un cadáver en una diligencia de allanamiento y registro ilegal. Esta Teoría consiste en que una prueba ilícitamente obtenida podrá ser apreciada y valorada por el interior del proceso, si se logra demostrar que pese a la inminencia

¹⁰ Sentencia C-591 de 2005

y exhaustividad de las diligencias investigativas, de todas formas la prueba hubiese sido obtenida con el uso de medios lícitos.

Teoría aplicada por *Nix v. Williams*, en un caso en el que una persona con problemas mentales fugada de un hospital psiquiátrico mató a una menor de edad. Su abogado le había aconsejado que no respondiera al interrogatorio policial, pero la policía lo trasladó a la zona del hecho y le pidió que señalara dónde estaba el cuerpo para darle cristiana sepultura. El acusado confesó el lugar y el cuerpo fue encontrado. La prueba se hizo valer, porque aun cuando no hubiese realizado esa confesión, el cadáver habría sido igualmente hallado por las patrullas que lo buscaban, que estaban llegando al lugar.¹¹

El Tribunal Supremo de Puerto Rico sentencia CC-2004-792 *Pueblo de Puerto Rico v. Eugenio González Cardona* señala en el penúltimo párrafo de su fundamento II.C: “Para que se admita evidencia conforme a la doctrina de descubrimiento inevitable es necesario que el estado demuestre que cumplió con los siguientes criterios:

(1) que el gobierno estaba realizando una investigación legal que seguramente hubiera producido la misma evidencia que fue obtenida como fruto de la intervención ilegal,

(2) que la investigación era conducida por agentes distintos a los que cometieron la ilegalidad, y

(3) que la investigación estaba llevándose a cabo con anterioridad a la actuación ilegal. ...

(4) Por otro lado, la información también debe ser admitida cuando se logra

¹¹ BURGA Eduardo, Excepciones a la Regla de Exclusión Probatoria: Descubrimiento Inevitable y Actuación a propio riesgo. “EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION PROBATORIA: TEORIA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE”.

evidenciar que la evidencia seguramente hubiese sido obtenida posteriormente en virtud de algún procedimiento estandarizado o rutinario”.

9.1.3.1 TEORIA DEL RIESGO O ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO

La Teoría del riesgo o Actuación a propio riesgo es una excepción a la regla de exclusión aplicable a diligencias que de manera subrepticia, clandestina y carente de autorización judicial se actúan con el objetivo de obtener información vía confesiones extrajudiciales, intromisiones domiciliarias y demás derivaciones que tengan relevancia sobre el delito investigado o en actividades relacionadas con este. La justificación se basa en que estas declaraciones se realizan de manera voluntaria y hasta espontáneamente por el investigado, hecho que contrastaría con la versión velada y hasta contradictoria de una posterior manifestación realizada a nivel judicial.

Deben reunirse tres presupuestos:

(1) Que la víctima tenga bajo su control la decisión sobre el sí y él como del desarrollo de la situación peligrosa. Este control implica que tiene conocimiento de la situación y la decisión está bajo su dominio.

(2) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible. Solo puede considerarse que el hecho es obra de la víctima si se coloca así mismo consciente y voluntariamente en peligro. Si la persona no es autorresponsable, se convierte en un mero instrumento de un autor mediato que es quien tiene el dominio de la decisión.

(3) El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se auto pone en peligro.

Sin embargo esta teoría es de poca aplicación en nuestro ordenamiento Jurídico y de poco desarrollo jurisprudencial.

10. BIBLIOGRAFÍA.

BERDUGO, Pedro. Código de Procedimiento Penal, DEFENSORIA DEL PUEBLO, Unión Europea y Ministerio del Interior y de justicia de Colombia. Edición 2008.

CAMARGO, Pedro Pablo. Manual de Enjuiciamiento Penal Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público, octava edición, Leyer Editores. Bogotá Colombia 2012.

Caso NIX – WILLIAMS [1984] (Atenuación de la regla de exclusión, descubrimiento necesario).

Caso KHAN vs U.K. (Contexto de la vigilancia encubierta por parte de las autoridades públicas).

DELGADO DEL RINCON, Luis E. La reglas de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal, octava edición actualizada. Legis Editores S.A, Bogotá Colombia 2011.

FIERRO MENDEZ, Heliodoro. La Prueba Como Causa de Nulidad del Proceso Penal, segunda edición. Leyer Editores. Bogotá Colombia 2011.

FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. La prueba ilícita e ilegal, Editorial Leyer, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. El proceso Penal Acusatorio por Medio de Audiencias, primera edición, Leyer Editores. Bogotá Colombia 2012.

LARA SAENZ, Leoncio. Procesos de Investigación Jurídica, primera edición 1991. Editorial Porrúa México- Universidad Nacional Autónoma de México.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Quinta Edición. Universidad Externado de Colombia.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Tesis Doctorales Doctorado en Derecho I, Eficacia de la Prueba Obtenida Mediante Irrupción en la Intimidad, primera edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 2011.

ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, pág.192 y ss. 2000.

UGAZ ZEGARRA, Fernando. Reglas de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y sus excepciones.

VARGAS VARGAS, Pedro Pablo. VARGAS LEMUS, Maria Bernarda. Doce Temas Fundamentales del Nuevo Procedimiento Penal, primera edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá Colombia 2005.

http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf.

<http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional>

<http://ramajudicial.gov.co/jurisprudencia>

<http://corteconstitucional/relatoría>

<http://cortesuprema.gov.co>