

**LA PRUEBA INDICIARIA EN LA LEY 906 DE 2004 COMO
FUNDAMENTO DE SENTENCIA**

PRESENTADO POR:

LUZ MARINA BOLAÑOS MINDA

LEYDY KARINE CALDERON LEIVA

OSCAR HERNANDO FAJARDO

**UNIVERSIDAD CATOLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
SEMINARIO DE INVESTIGACION 1**

2014

**LA PRUEBA INDICIARIA EN LA LEY 906 DE 2004 COMO
FUNDAMENTO DE SENTENCIA**

PRESENTADO POR:

LUZ MARINA BOLAÑOS MINDA

LEYDY KARINE CALDERON LEIVA

OSCAR HERNANDO FAJARDO

TUTOR:

CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

**UNIVERSIDAD CATOLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
SEMINARIO DE INVESTIGACION 1**

2014

TABLA DE CONTENIDO

Pag.

LA PRUEBA INDICIARIA EN LA LEY 906 DE 2004 COMO FUNDAMENTO DE SENTENCIA

INTRODUCCION

1.	JUSTIFICACION	
1.1	JUSTIFICACION PERSONAL:	5
1.2	JUSTIFICACION PROFESIONAL	5
2.	APORTE INSTITUCIONAL	6
3.	APORTE SOCIAL	
	6	
4.	OBJETIVOS	
4.1	OBJETIVOS GENERALES	6
4.2	OBJETIVOS ESPECIFICOS	6
5.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
6.	MARCO CONCEPTUAL.	
7.	PRINCIPIOS PROBATORIOS PENALES	
7.1	Debido proceso	
7.2	Publicidad	
7.3	Contradicción	
7.4	Inmediación	
7.5	Imparcialidad	
7.6	Libertad	
7.7	Concentración	
8.	LA PRUEBA	
8.1	Concepto	
8.2	Fines de la prueba	
8.3	Carga de la prueba	
8.4	Medios de Prueba – El testimonio	
8.4.1	El deber de rendir testimonio ante el Juzgador	
8.4.2	Excepciones al deber de declarar	
8.4.3	Análisis de los de las declaraciones por fuera del Juicio Oral	
9.	PRUEBA DE REFERENCIA	
9.1	Procedencia	
10.	EL INDICIO	
10.1	Naturaleza de la prueba indiciaria.	
10.2	Elementos constitutivos del Indicio.	

- 10.3 Clases de Indicios.
- 10.4 Indicio en material Civil.
- 10.5 Indicio en Ley 600 de 2000.
- 10.6 Indicio en Ley 906 de 2004.
- 11. SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA
 - 11.1 Tarifa Legal
 - 11.2 Sana Critica
 - 11.3 Método Técnico Científico.
- 12. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN DE
INDICIOS
- 13. BIBLIOGRAFIA.
- 14. FICHA BIBLIOGRAFICA.

**LA PRUEBA INDICIARIA EN LA LEY 906 DE 2004 COMO
FUNDAMENTO DE SENTENCIA
RESUMEN**

PRESENTADO POR:

LUZ MARINA BOLAÑOS MINDA

LEYDY KARINE CALDERON LEIVA

OSCAR HERNANDO FAJARDO

**UNIVERSIDAD CATOLICA DEL NORTE
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
SEMINARIO DE INVESTIGACION 1**

2014

6. MARCO CONCEPTUAL

Se empezara por adentrarse en el tema del concepto del indicio en Colombia abordando las diferentes ramas del derecho, los sistemas de valoración probatoria en el Sistema Acusatorio Penal y el manejo del indicio en la Ley 906 de 2004, así como el análisis jurisprudencial del manejo de éstos para fundamentar una sentencia.

- 1. PRINCIPIOS PROBATORIOS:** Los principios del proceso penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales, y casi todos los actos procesales constituyen puentes entre las normas penales procesales y los derechos humanos. La incidencia del plano constitucional sobre el derecho procesal penal es contundente, como lo demuestra por ejemplo, el reconocimiento expreso y manifiesto de derechos como el de ser oído, al debido proceso, al de la prohibición de tratos crueles o degradantes, a contar siempre con la asistencia técnica de un defensor y a la no afectación del derecho a la intimidad, entre otros, volviendo a nuestro derecho procesal penal más justo y más humano. La idea del Estado social de Derecho se ha ido consolidando poco a poco dentro del proceso penal por medio de diversos mecanismos que aseguran el cumplimiento de las garantías del debido proceso e impiden situaciones que obstaculizan la impartición de justicia y merman los derechos humanos.

- 2. 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.

3. 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”

4. CONCEPTO DE INDICIO REAL ACADEMIA: Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. Cantidad pequeñísima de algo que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa.

5. MANEJO DEL INDICIO EN COLOMBIA:

a. **NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA:** Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta, no puede ser una prueba histórica ni representativa ni mucho menos directa proque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta de la cual puede inferir indirectamente y mediante razonamientos críticos lógicos basados en las normas generales de la experiencia o del conocimiento científico o técnicos especializados; un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia se está investigando.

b. **ELEMENTOS DEL INDICIO:** Hecho conocido – indicador debe estar probado como por ejemplo cabello, piel, huellas; Hecho desconocido

– indicado: lo que se quiere averiguar por ejemplo el responsable del hecho punible.

- c. CLASES DE INDICIOS: Necesario o Contingente; grave o leve, indicio de cargo o de descargo; personales o subjetivos; reales o materiales; anteriores, concomitantes y posteriores; positivos o negativos; causales y de efectos; ordinarios y técnico o científicos.
- d. INDICIO EN MATERIA CIVIL: Prueba indiciaria o circunstancial, es una construcción lógico jurídica que parte de la verificación plena de un hecho, para, a partir de él concluir la ocurrencia de otro, dicha construcción parte de un hecho indicador y concluye con el hecho indicado.
- e. INDICIO EN MATERIA PENAL – LEY 600 DE 2000: artículo 233, incorporó al indicio como un medio de prueba autónomo, siendo este definido como aquella operación mental a través del cual, de un hecho probado se infiere la existencia de otro; con la guía o parámetros de la Sana Crítica.
- f. INDICIO EN MATERIA PENAL – LEY 906 DE 2004: se puede observar levemente un rastro de indicios en el artículo 437 ibidem: “Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

6. SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

- a. SISTEMA DE VALORACION TARIFA LEGAL: Es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas pre establecidas por el legislador.

- b. SISTEMA DE VALORACION SANA CRITICA: La **sana crítica** es la operación intelectual realizada por el juez y destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido definida como "la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes" y como la combinación de criterios lógicos y de experiencia que debe aplicar el juzgador. En otras palabras, la sana crítica es el método de apreciación de la prueba, donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido reconociendo. Se trata más bien de un instrumento que el juez está obligado lógicamente a utilizar para la valoración de las pruebas en las únicas circunstancias en que se encuentra en condiciones de hacerlo, esto es, cuando la legislación no lo sujeta a un criterio predeterminado. El principio exige que el juez motive y argumente sus decisiones. Dado que se aplica exclusivamente en aquellos casos en los que el legislador ha entregado al juez el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde es la Ley la que fija el valor de la prueba.

- c. SISTEMA DE VALORACION METODO TECNICO CIENTIFICO: tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (*por ejemplo, el testigo y el perito*), del objeto percibido (*por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios*) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (*por ejemplo, la declaración y la experticia*).

1. PRINCIPIOS PROBATORIOS PENALES

Con la Carta Política de 1991, nació lo que se llamó el Estado Social de Derecho, en el cual, las actuaciones deben estar totalmente impregnada al respeto de los derechos y principios que involucren directamente al ser humano en todas sus esferas. Por tanto, de todas las ramas del derecho, es en el derecho penal donde mayor relevancia adquiere el respeto de todas las garantías constitucionales señaladas en la Carta, porque es aquí donde se encuentran en juego todos los derechos fundamentales, ya que el objeto de éste es la protección del interés público y la defensa de los derechos individuales y colectivos, castigando las conductas que lo lesionen gravemente o los pongan en peligro.

Durante el procedimiento de indagación- la etapa primigenia del S.P.O.A.- comprendido entre el momento en que la autoridad conoce de la presunta comisión del delito y el procedimiento de investigación - entre la formulación de la imputación y la formulación de la acusación-, se presenta un despliegue de diligencias dirigidas por el Fiscal y ejecutadas por la Policía Judicial, tendientes a buscar elementos materiales de prueba; puesto que es ya en la Formulación de Acusación se puede afirmar con probabilidad de verdad, tanto la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del imputado.

Es allí donde adquiere gran importancia el análisis del manejo de la prueba a la luz de los principios constitucionales aplicables al proceso penal, pues éstos se encuentran íntimamente ligados con los derechos fundamentales, y casi todos los actos procesales constituyen puentes entre las normas penales procesales y los derechos humanos. La incidencia del plano constitucional sobre el derecho procesal penal es contundente, como lo demuestra por ejemplo, el reconocimiento expreso y manifiesto de derechos como el de ser oído, al debido proceso, al de la prohibición de tratos crueles o degradantes, a contar siempre con la asistencia técnica de

un defensor y a la no afectación del derecho a la intimidad, entre otros, volviendo a nuestro derecho procesal penal más justo y más humano. Es por eso que es justo decir que los principios, cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento, conculcando a que la producción, recolección o práctica de pruebas debe llevarse a cabo con pleno respeto por las garantías constitucionales y legales, como aplicación de los principios que orientan las normas del procedimiento.

Debido proceso

Principio que presupone la plena vigencia y observancia de un conjunto de derechos y prerrogativas que deben prevalecer no solo en el proceso penal, sino en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. El debido proceso como tal, se encuentra conformado por ciertos elementos, entre los que se cuentan el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, no solo del procesado, sino de todos los intervinientes; acceso a la jurisdicción, prevalencia del derecho sustancial, preexistencia de la ley penal, favorabilidad, igualdad ante la ley penal, juez natural, independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional, lealtad, probidad y buena fe, presunción de inocencia, derecho a la libertad personal, defensa, entre otros.

Publicidad

Su fundamento se encuentra en el artículo 29 de la carta política que regula el debido proceso, en donde al distinguir la materia del derecho penal, específicamente de otros campos del ordenamiento jurídico, hace mención a la prerrogativa a obtener “un debido proceso público”. Lo anterior con el fin de garantizar la transparencia en la administración de justicia, pues el conocimiento que tenga la comunidad de las actuaciones que se surtan en el proceso sirve para controlar los abusos del poder que se lleguen a presentar y para exigir a las partes una mayor lealtad. En consecuencia, el debate probatorio debe ser abierto y permitir la participación de la sociedad

siempre y cuando esta no interfiera en el normal desarrollo del proceso y no afecte la seguridad nacional.

Precisamente la Corte Constitucional ha destacado la importancia del principio de publicidad ya que es necesario para la realización del derecho de contradicción en un proceso penal justo con las garantías atribuidas por la Constitución Política.

Ahora bien, es de tal importancia este principio que lo que permite no es otra cosa que otorgar transparencia a las actuaciones judiciales, por ello en la Ley 906 de 2004, artículos 18 y 149 se consagra expresamente el principio de la publicidad que caracteriza el sistema acusatorio, lo que permite colegir que la publicidad de los juicios, incluyendo obviamente las pruebas, es una prerrogativa de la comunidad a la que se le permite ejercer cierta fiscalización sobre la actuación de los funcionarios en la administración de justicia, a quienes les está vedado tramitar los procesos de forma secreta.

El principio de publicidad permite que el juez considere las pruebas allegadas al proceso de una manera neutral, objetiva e imparcial, de manera que su valoración no se vea inclinada hacia uno u otro lado obedeciendo a intereses ajenos al bien común.

Contradicción

Principio que se entiende como el mecanismo de control de las partes entre sí y de aquellas con el juez, permite a los sujetos procesales e intervinientes defender sus pruebas y planteamientos y refutar las de la contraparte. En virtud de este principio las partes tienen "derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada", según

lo indica el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 y que está en concordancia con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución.

A decir de la Corte Constitucional, "lo que se entiende por 'controversia de la prueba' es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa". En efecto, los elementos materiales que se pretendan hacer valer en el proceso, durante la etapa de juicio deben someterse a un debate en el que las partes puedan ejercer su derecho de contradecirlas, en aquellos casos en los que puedan afectar sus intereses.

El texto de la norma es acorde con lo dicho por la Corte Constitucional, en el sentido de que el principio de contradicción no admite excepciones, pues este, como expresión del derecho a la defensa, debe ejercerse en todas las etapas del proceso, pues "de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba".

Por demás este principio encuentra desarrollo procesal en el artículo 378 de la Ley 906 de 2004 donde se confiere a las partes la facultad de controvertir no solo los medios de prueba, sino además los elementos materiales y la evidencia física allegada al proceso, así como los que se presentan por fuera de la audiencia pública, convirtiéndose en una de las garantías y derechos para el imputado o acusado. La verdad ya no se impone por la Fiscalía, en el esquema procesal actual la prueba se construye mediante la confrontación dialéctica de partes, de manera que es el Juez en virtud del enfrentamiento dialéctico, de esa contradicción, el que define el valor que debe dársele a la prueba.

Inmediación

De conformidad con este principio el juez solo debe tener como pruebas las que se hayan practicado y controvertido en su presencia, aunque

obviamente se presentan excepciones como son las pruebas de referencia y la anticipada.

La importancia de este principio radica básicamente en que jamás podría el juez delegar en un subalterno la práctica de una u otra prueba, por el contrario, es de estricta obligación suya apersonarse de la práctica de la totalidad de las pruebas decretadas, lo cual debe hacerse en audiencia y sin que el funcionario pueda ausentarse durante el desarrollo de dichas pruebas. Precisamente lo que permite este principio es que el juez de conocimiento descubra la verdad y aprecie con libertad, todas y cada una de las pruebas aducidas o presentadas por las partes, pudiendo de esa forma darles el valor que tengan, apoyándose en la lógica y la experiencia. La inmediación resulta de por sí trascendente para el proceso, en tanto permite al juez, como tercero imparcial que debe ser, sensibilizarse en todas las actuaciones surtidas en el proceso, en todos los contenidos del debate, contradicciones y presentación de argumentos de cada parte, lo que finalmente llevará a una decisión fundada en el debate probatorio realizado por las partes en su presencia.

La necesidad de que el juez tenga una relación directa con los sujetos procesales y con los materiales elementos de convicción que ellos aportan, se concreta en el principio de inmediación de la prueba. La corte constitucional lo expresa de la siguiente forma: "Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin".

El principio de inmediación implica que debe haber una presencia e identidad física del juzgador, pues, como dijimos debe ser el quien conozca personalmente el material probatorio recolectado, lo que no sucedía en el régimen procesal penal anterior, en el cual otros funcionarios judiciales podían llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiéndole luego al

juez, mediante un acta, lo en ellas observado. El juez, que es en últimas quien toma la decisión, debe formarse su propia visión acerca de los hechos materia del proceso y obtener la convicción necesaria para un pronunciamiento justo.

Imparcialidad

Este principio se desprende de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto, que para atender a las pretensiones de cada parte, debe establecer con objetividad la verdad y la justicia, sin tomar parte en la práctica de las pruebas, ejerciendo el poder de control y no de acción. La imparcialidad es a no dudarlo un principio probatorio complejo que demanda del juez la suficiente preparación para que, al momento de tomar determinada decisión, pueda hacerlo libre de cualquier clase de presión. Implica por demás este principio que el juez sea un tercero ecuánime, equilibrado y con suma capacidad de ponderación, habida cuenta que cuando determinado proceso llega a su conocimiento, en sus manos queda decidir sobre los derechos fundamentales de otras personas como es el de la libertad, de tal suerte que debe obrar siempre con objetividad en procura de la verdad y la justicia.

Libertad

Este principio probatorio se torna de sumo interés, en tanto elimina no solo cualquier clase de limitaciones relacionado con el material probatorio que las partes puedan aportar al proceso, sino además valores establecidos para cada prueba que se pretenda hacer valer en juicio, es decir, no existe ninguna tarifa legal.

De la misma manera es de tal importancia este principio, que se extiende en idéntica proporción tanto a la Fiscalía como a la defensa, es decir, ofrece para las partes igualdad de condiciones y oportunidades para que aduzcan, presenten y aporten las pruebas con las cuales pretendan demostrar sus

hipótesis o argumentos. No está vedado para ninguna de las partes presentar las pruebas que a bien tengan aducir en juicio, obviamente, siempre y cuando las mismas no atenten contra los derechos humanos.

En otras palabras, el principio probatorio de la libertad implica que, para sostener o sustentar sus pretensiones, los sujetos procesales pueden hacer uso de cualquier medio de prueba que no atente contra los derechos humanos.

Concentración

El principio de concentración hace referencia "a la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral". En consecuencia, según lo dispuesto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, "durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua", en consonancia con el artículo 8 del mismo Código, que consagra el derecho que tiene el procesado a "tener un juicio público, oral, contradictorio y concentrado", buscando obtener el adecuado ejercicio del derecho de defensa a lo largo del proceso, el cual tiene sustento en el artículo 29 de la Constitución Nacional, cuando de manera expresa señala que "todo sindicado tiene derecho a la defensa".

El principio de concentración tiene como fin evitar dilaciones injustificadas del proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto grado de continuidad, permitiéndole al juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio.

Con respecto a este principio encontramos los actos de prueba, que hacen referencia las actividades de las partes encaminadas a obtener los elementos y el material probatorio durante la investigación, con carácter provisional y no definitivo, para su posterior discusión en el juicio.

Las pruebas propiamente dichas son aquellos elementos que son admitidos para generar la convicción judicial suficiente, sobre los recae el debate probatorio y, por tanto, solo a estas se aplica el principio de concentración, pues los actos de prueba no tienen vocación de permanencia dentro del proceso, lo que si sucede con las pruebas.

El principio de concentración tiene como fin evitar dilaciones injustificadas del proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto grado de continuidad, permitiéndole al juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio.

Con respecto a este principio encontramos los actos de prueba, que hacen referencia las actividades de las partes encaminadas a obtener los elementos y el material probatorio durante la investigación, con carácter provisional y no definitivo, para su posterior discusión en el juicio.

Las pruebas propiamente dichas son aquellos elementos que son admitidos para generar la convicción judicial suficiente, sobre los recae el debate probatorio y, por tanto, solo a estas se aplica el principio de concentración, pues los actos de prueba no tienen vocación de permanencia dentro del proceso, lo que si sucede con las pruebas.

8. LA PRUEBA

Concepto

La Ley 906 de 2004, trajo consigo un nuevo modelo penal acusatorio Oral, donde se encuentran bien diferenciados tanto los roles de cada uno de los sujetos procesales, pero además trajo consigo la implementación de la oralidad como fundamento de la agilización en la estructura procesal penal, en aras de garantizar una justicia pronta y eficiente para todos los intervinientes en el proceso penal.

Desde nuestros inicios se ha venido dando sustentos para lograr determinar la responsabilidad de una persona ante un suceso delictivo, es así como en la Edad Media la prueba se obtenía a través de los medios probatorios que recibían el nombre de juicios de Dios u ordalías. Estos medios estaban regidos por ritos litúrgicos, consistentes en invocaciones a la divinidad y pruebas como el duelo, el agua, el fuego, a través de las cuales se consideraba se hacía merecedora una persona, en procura de inclinar la balanza hacia alguna de las partes.

Ya con el advenimiento de las nuevas generaciones, enfocadas en diferentes principios se fue dejando estas formas de pruebas al ser rechazadas por la sociedad.

Posteriormente se llega a un Sistema Inquisitivo que también llega a desarrollarse en la estructura procesal en Colombia, y el último basado en esta tendencia fue la ley 600 de 2000, que propugnaba un modelo mixto entre la oralidad y lo escrito, pero que en la aplicación fue como los otros, dada la preeminencia excesiva de la fase de instrucción sobre el juicio, es así como la sentencia se dicta fundamentalmente con base en la prueba inquisitiva practicada durante la instrucción, prueba que producía el Fiscal por sí y ante sí, pues muchas veces ni siquiera se ofrece una sola durante el juzgamiento, porque precisamente la

prolífica investigación no deja espacio a esa necesidad, así paradójicamente en algunos juicios en muchos de los juicios el Juez decisor no practicaba directamente una sola de las pruebas sobre las que fundamento el fallo, y además llega necesaria y suficientemente prejuiciado por la obligatoria lectura del expediente que contiene la obligación.

Siendo así las cosas este proceso penal no permitía a los intervinientes o víctimas de un proceso la tan anhelada justicia, siendo cada vez más lento retardado y poco garantista, finalmente esto generó una crisis y el colapso de dicha legislación, por tal motivo se necesitaba un cambio en la estructura procesal, surge de tal manera el sistema penal acusatorio basado en la oralidad y un juicio público, que permitiera ser más ágil en la resolución de las controversias que fuera más garantista tanto al proceso como a la víctima.

Se implementó la Ley 906 de 2004 que entró en vigencia en un contexto complejo, ya que en primer lugar existía un desconocimiento generalizado, por los reducidos índices de capacitación que hasta el momento se había desarrollado junto con ello una limitada infraestructura y una limitada capacidad presupuestal, pero a su vez trajo muchas fortalezas porque permitía una justicia más ágil y eficiente, en donde la prueba sería el sustento para determinar la responsabilidad o no de un procesado.

Es importante recordar también, que solo es prueba la que se introduce en juicio, la que es practicada ante el Juez de conocimiento con respeto a los principios procesales penales, esto es contradicción, publicidad, contradicción e inmediación-, siendo esta, una de las más importantes del sistema penal acusatorio, a diferencia de la ya mencionada Ley 600 de 2000.

Fines de la prueba

Al recibir la noticia criminal el fiscal tiene el primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes que se supone han ocurrido en la sociedad y frente a los que, utilizando los medios de acreditación obtenidos a través de actos de investigación, tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible para tomar las decisiones que correspondan. Si decide ejercer la acción penal, esto es, someter la pretensión al juez de conocimiento mediante la acusación; tendrá que presentar al juez el conocimiento de los hechos.

En todo caso, es necesario recordar que “Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba a realizar durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica correspondiente, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”. En este sentido el conocimiento jurídico, las habilidades retóricas, los recursos argumentativos o incluso el acierto en la escogencia de la norma jurídica aplicable al caso, resultan inútiles si no proporcionan un acercamiento suficiente a lo ocurrido en la realidad. Es necesario comprender que una actuación o un comportamiento del fiscal que descuide la prueba de los hechos no puede ser útil para solucionar el conflicto que esos hechos objetivos materializan.

Dado que un fiscal que presencié los hechos tendría que asumir el rol de testigo y no podría por tanto ser el encargado de la acusación, es posible concluir que una primera función de las evidencias físicas y de la información legalmente obtenida, es brindar al titular del ejercicio de la acción penal el conocimiento de los hechos, pues a partir de este se decide si es necesario formular imputación, presentar acusación, solicitar la preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad, entre otros aspectos. Si el fiscal decide que existe afectación de derechos fundamentales tendrá que transmitirle al juez de control de garantías un nivel de

conocimiento de los hechos tal, que le permita aproximarse a los acontecimientos penalmente relevantes, con el fin de que, dentro de los límites de la inferencia razonable, se justifique la afectación de esos derechos y garantías, de acuerdo con la fase de la actuación y con el tipo de solicitud que se esté presentando.

Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción.

En este sentido, la labor del fiscal consiste en presentar el conocimiento de los hechos; teniendo en cuenta que estos deben ser descubiertos en forma oportuna, obtenidos legalmente y utilizando medios probatorios pertinentes que deben ser presentados de acuerdo con las reglas que rigen el debate. Así pues, la más profunda y acertada motivación de la cuestión jurídica perdería trascendencia si recae sobre un componente fáctico alejado de la realidad. El adecuado conocimiento de los hechos es requisito indispensable para decidir en forma justa. Por esta razón, el fiscal debe velar porque el juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos, ya sea para que sean impuestas las sanciones pertinentes o para evitar una pena injusta o desproporcionada, y dicho propósito sólo podrá lograrlo mediante las pruebas.

Ahora bien, aunque históricamente se ha prestado mayor atención a la motivación jurídica que a la motivación fáctica, aceptando inclusive la íntima convicción del juez y excusándolo del deber de motivar, debe tenerse en cuenta que el conocimiento de los hechos suele ser mucho más problemático que la comprensión y aplicación del derecho, pues frente a las normas existe un importante desarrollo legislativo y jurisprudencial que permite controlar de mejor manera la labor de quien juzga, mientras que los hechos son siempre diferentes y la posibilidad de un conocimiento adecuado de estos no es siempre la apropiada.

Desde esa perspectiva, es necesario tener claro que el adecuado manejo de las evidencias o de las pruebas por parte del fiscal tiene como objetivo mediático enterar al juez de las circunstancias que rodearon una acción con trascendencia penal y como objetivo final, propender por la materialización de la justicia, que en el área penal se logra con el esclarecimiento y la sanción de las conductas que afectan en mayor proporción las garantías fundamentales, es decir, las conductas punibles o con la absolución de los ciudadanos frente a quienes no haya sido posible desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Para lograr los objetivos enunciados, las evidencias o las pruebas deben dar cuenta de todos y cada uno de los elementos estructurales de la conducta punible. Si el fiscal logra llevar a conocimiento del juez buena parte de los aspectos trascendentales para decidir sobre la afectación de un derecho fundamental o sobre la imposición de la sanción penal pero descuida aunque sea uno de esos aspectos, es posible que el juez no cuente con los elementos para decidir en forma justa y que en consecuencia no sea posible cumplir los objetivos inherentes al ejercicio de la acción penal en un Estado Social de Derecho, que se refieren a la protección de bienes jurídicos de alta trascendencia constitucional, como la vida, la libertad y la dignidad, entre otros.

Generalmente el proceso de conocimiento de los hechos por parte del fiscal y su presentación ante el juez, observan inconvenientes o limitaciones que el fiscal tiene que estar en condición de detectar y superar mediante una explicación racional. Piénsese, por ejemplo, en la acreditación mediante prueba testimonial y en las dificultades que presenta: el interés personal o los prejuicios del testigo pueden llevarlo consciente o inconscientemente a hacer narraciones alejadas de la realidad, las dificultades de percepción que pueden dar lugar a que una persona sin interés particular en el caso describa los hechos de acuerdo con una percepción errada, sumado a las dificultades propias del uso del lenguaje, entre otros aspectos.

Si lo que se pretende es presentar el conocimiento de los hechos mediante elementos materiales probatorios, existe el riesgo de que estos hayan sido plantados cambiados o alterados. Igual sucede con la prueba documental: por ejemplo, cuando un contrato no ha sido suscrito realmente por quien aparece como autor, cuando un video ha sido alterado o ha sido obtenido usando aparatos que no son los adecuados, entre otros casos.

Por lo anterior, la actividad probatoria de las partes, en este caso del fiscal, debe centrarse en el contenido de cada medio de acreditación pero también debe estar orientada a verificar la confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito u otros aspectos. Esta actividad implica también la verificación de que el medio cognoscitivo sea presentado de tal manera que facilite en la mayor medida posible la aprehensión del conocimiento por parte del juez, pues a manera de ejemplo, poco o nada sirve un testigo que tiene gran conocimiento de los hechos pero no puede transmitirlo en forma adecuada.

Es necesario recordar que, según la Ley procedimental penal vigente – ley 906 de 2004 – le corresponde a la Fiscalía de llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado, puesto que cualquier indicio de duda, conllevara a la aplicación del In dubio pro reo, es decir que si no se desarticula la presunción de inocencia, se deberá absolver al encartado.

Carga de la prueba

En lo que se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el nuevo ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción. Un cambio fundamental en este aspecto, si se compara las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, es que de acuerdo con la primera, el fiscal tiene la obligación de investigar lo favorable y lo desfavorable, mientras que en la segunda, el fiscal asume claramente el rol de hallar la prueba requerida, sin perjuicio de que deba tener en cuenta los hallazgos de evidencia de descargo al momento de tomar las decisiones que le competen (formulación imputación, solicitar la imposición o revocatoria de una medida de aseguramiento, acusar, entre otros) e informar al defensor sobre su descubrimiento a partir de la radicación del escrito de acusación.

Lo anterior implica que el defensor también debe realizar actividades investigativas cuando quiera demostrarle al juez algún hecho o circunstancia que resulte relevante para los intereses de su representado, aunque es claro que en dicha actividad no tiene la misma exigencia que la Fiscalía, pues le basta con generar la duda.

Por esto, el defensor no tiene que lograr un convencimiento más allá de duda razonable frente a un determinado aspecto.

La presunción de inocencia, derecho de carácter constitucional, le imprime una característica especial al cumplimiento de la carga probatoria por parte del fiscal pues hace que pierda vigencia el argumento de que *“algo es verdadero si no se ha demostrado su falsedad”*. Por tanto, ningún aspecto relevante para concluir la procedencia de la sanción penal podrá quedar exento de la carga probatoria que tiene la Fiscalía.

Medios de Prueba – El testimonio

La prueba testimonial está concebida como *“la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga*. Si partimos del hecho de que el fallador no presencia lo ocurrido, los testigos son “como los auxiliares del juez, son los ojos y los oídos de la justicia”. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en alusión al mismo tema, ha reiterado: *“por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso”*.

El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de éste, es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes, puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de éste que el Juez, puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder suasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

En efecto, el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial, frente a los que cabe anotar, que buscan

enfrentar de manera adecuada los problemas inherentes a este medio de acreditación:

“Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.

Cuando el conocimiento de los hechos se pretende alcanzar a través de prueba testimonial, el fiscal debe tener presentes los criterios de valoración que consagra la ley y que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para establecer cuando un testigo resulta confiable. En primer lugar, para convencerse a sí mismo de que el testigo realmente puede brindar información relevante y confiable sobre los hechos y luego para demostrarle al juez la verosimilitud del testigo durante su actuación en la audiencia pública. El fiscal no puede posponer el análisis para la etapa del juicio, fundamentalmente por las siguientes razones: (I) porque si no evalúa correctamente la credibilidad del testigo, no podrá establecer si en verdad existen motivos suficientes para formular imputación y para acusar; (II) porque si él mismo no tiene claridad sobre las razones por las que el testigo resulta confiable, no podrá transmitírselas al juez; (III) porque si no se conocen las debilidades (supuestas o reales) del testigo no es posible dar explicaciones claras y oportunas para demostrar las razones por las que, a pesar de sus falencias, el testigo resulta creíble y (IV) porque resultará muy difícil, sino imposible, responder adecuadamente a los ataques que la contraparte haga al testigo.

El análisis sobre este aspecto puede abordarse desde dos puntos de vista: (I) desde el deber de rendir testimonio y las excepciones constitucionales y legales a

dicho deber y (II) desde el conocimiento, directo o indirecto, que tenga la persona sobre los hechos penalmente relevantes.

El deber de rendir testimonio ante el Juzgador

El artículo 383 de la ley 906 de 2004 dispone que *“toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales”*. Sobre el soporte constitucional de la obligación de declarar, la Corte Constitucional ha dicho que este emana del *“deber de solidaridad y de colaboración con la justicia, consagrados en el artículo 95 superior”*, salvo en los eventos de excepción a dicho deber, regulados en el artículo 33 de la Carta y en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

Si se acepta que el esclarecimiento y la sanción del delito son aspectos de vital importancia para la sociedad, y que en nuestro ordenamiento jurídico cada día se le presta mayor atención a los derechos de las víctimas, es claro que el deber de solidaridad y de colaboración con la justicia es una responsabilidad ciudadana absolutamente legítima, que, como bien lo aclara la Corte, tiene soporte en el ordenamiento superior. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el testigo también tiene derecho a que sea protegida su integridad, sobre todo cuando se trata de asuntos de especial complejidad o cuando fundadamente puede concluirse que del hecho de declarar en juicio puede derivarse riesgo real para él o su familia, eventos en los cuales el fiscal debe procurar la ayuda y protección necesarias.

Excepciones al deber de declarar.

Las excepciones al deber de declarar están reguladas en la Constitución y en la ley. El artículo 33 de la carta política dispone que *“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”*.

Este artículo está relacionado con aspectos constitucionales de gran trascendencia, como bien lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001:

En primer lugar, el Alto Tribunal resalta que este derecho tiene relación con el proceso de humanización del ejercicio de la acción penal, si se tiene en cuenta que *“en desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscribire las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco”*.

Además, resalta el alto tribunal, *“el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias”*.

De otro lado, explica la Corte, *“la excepción aludida se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad ... proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en*

contra de tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad”.

Análisis de los de las declaraciones por fuera del Juicio Oral

El fiscal cumple dos funciones fundamentales frente a los medios de conocimiento: durante las etapas de indagación e investigación procura obtener las evidencias necesarias para tener un adecuado conocimiento de los hechos –sin perjuicio de su deber de seguir investigando a lo largo de toda la actuación- y luego, en la etapa de juicio oral (e incluso en las audiencias preliminares, cuando le corresponde presentar alguna pretensión a los jueces de control de garantías), debe transmitir dicho conocimiento al juez, de acuerdo con las exigencias que consagra el ordenamiento procesal penal para cada fase del proceso. En este apartado analizaremos dichas labores en lo que respecta a la prueba testimonial, desde la obtención de la entrevista hasta la preparación de la presentación del testigo en la audiencia de juicio oral.

La entrevista.

El artículo 206 de la Ley 906 de 2004 dispone que “cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y si fuere del caso, le dará la protección necesaria”. Esta norma, en armonía con el artículo 205 ídem, regula la manera en que la entrevista debe ser fijada y consagra la obligación de someter dicho registro a cadena de custodia.

9. LA PRUEBA DE REFERENCIA

Como regla general, el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal dispone que *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*. En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal.

La anterior norma se articula con los artículos 15, 16 y 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal que consagran, entre otros aspectos, los principios de inmediación y contradicción y se traducen en la regla general que establece que: sólo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción.

Las anteriores disposiciones desarrollan derechos fundamentales tan importantes como el debido proceso (Art. 29 C.P.), y apuntan a garantizar la confiabilidad de las pruebas que le permiten al juez conocer los hechos frente a los cuales debe tomar una decisión justa.

En la práctica suelen presentarse múltiples circunstancias que impiden que los testigos presenciales comparezcan al juicio para ser sometidos al interrogatorio cruzado en presencia del juez. Es posible, por ejemplo, que el testigo haya muerto, que haya perdido la memoria o que se encuentre afectado por una enfermedad que le impide declarar u otro aspecto. En circunstancias como estas, el alcance de los principios de inmediación y contradicción resulta limitado por otro postulado constitucional: la justicia material; relacionada generalmente con otros intereses trascendentales como el derecho de la víctima a que se esclarezca la verdad, a que se haga justicia y a que le sea reparado el daño causado.

Básicamente debe resolverse el siguiente interrogante: cuando no es posible lograr la comparecencia de la persona que directa y personalmente presencié los hechos con el fin de que haga su declaración en presencia del juez y con plenas posibilidades de contradicción ¿es admisible como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, una declaración rendida por fuera del juicio oral?.

Admitir en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración de justicia todos los medios de conocimiento que hagan posible la realización de la justicia material, es una postura ligada con la consideración de que la prueba de referencia entraña un problema de valoración y no de legalidad o siguiendo la tradición española, que el problema es de valoración y no de valorabilidad.

Negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia, para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Tal forma de ver las cosas está relacionada con serias reservas en torno a la confiabilidad de la prueba de referencia y con la postura de que los problemas de estos medios de conocimiento están más asociados con la valorabilidad que con la valoración.

Una tercera posición, ecléctica, orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales, con lo que se pretende la armonización de los intereses constitucionales relacionados en este acápite.

La jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea han analizado los aspectos fundamentales relacionados con la prueba de referencia; veamos: De un lado, la Corte Constitucional ha consolidado una importante línea jurisprudencial con respecto a la importancia de un adecuado y eficaz ejercicio de la acción penal (SU-159 de 2002, C-591 de 2005, entre otras), especialmente en lo que relacionado con los derechos de la víctima y la sociedad a que se conozca la

verdad, se haga justicia y se repare el daño causado (C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, 29609 del 17 de septiembre de 2008”, entre otras).

Los artículos 437 a 431 de la Ley 906 de 2004 regulan la denominada prueba de referencia en lo que respecta a su definición y en lo concerniente a los eventos en que resulta admisible, así como en lo que se refiere a sus limitaciones como fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria.

El artículo 437 en cita dispone que *“se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

A pesar de que en nuestra legislación no se consagró expresamente que uno de los elementos de la prueba de referencia sea la pretensión de aducirla para probar la veracidad de lo aseverado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del seis de marzo de 2008, radicado 27477, enfatizó en que este componente sí está presente en la regulación. Esta postura resulta fundamental para aclarar algunos aspectos relevantes sobre la materia, en especial para diferenciar algunos eventos en los que el carácter de prueba de referencia es sólo aparente:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño

ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (IV) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”.

Lo anterior resulta importante si se tiene en cuenta que la interpretación literal y aislada del artículo 347 podría llevar a la conclusión de que cualquier aseveración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, lo que por regla general, es inadmisibile, según se explicará más adelante.

Si el ordenamiento procesal penal es interpretado sistemáticamente, de acuerdo con los aspectos constitucionales ligados al tema de prueba de referencia, puede concluirse que la voluntad del legislador no estaba orientada a considerar como prueba de referencia todas las aseveraciones realizadas por fuera del juicio oral. Por ahora, haremos alusión a algunos eventos de manifestaciones realizadas por fuera del juicio oral, que claramente no constituyen prueba de referencia; luego analizaremos otras clases de manifestaciones que pueden resultar útiles en el proceso de conocimiento de los hechos y que generan discusión al respecto.

Varios delitos requieren para su consumación de ciertas aseveraciones, como sucede con los de injuria y calumnia, con el constreñimiento, la estafa y las

amenazas, entre otros. A manera de ejemplo, en un juicio por injuria la víctima y los demás testigos seguramente harán alusión a las aseveraciones del supuesto injuriante, y en un juicio por constreñimiento se mencionará el contenido de la amenaza y la finalidad perseguida por el constreñidor, lo que necesariamente implica hacer alusión a aseveraciones hechas por fuera del juicio oral. Sería absurdo, pretender que al regular el tema de prueba de referencia, se quiso imposibilitar el juzgamiento de este tipo de conductas punibles, pues ello implicaría la desprotección de los bienes jurídicos cuya tutela ha sido confiada a la jurisdicción penal. En estos casos no se presenta ninguna limitación a los principios de inmediación y contradicción (cuya protección justifica la prohibición de referencia), dado que los testigos, en presencia del juez, se refieren a hechos o circunstancias que presenciaron directamente (el trato injuriante, la amenaza, entre otros) y quedan disponibles para que la contraparte ejerza el contradictorio por los diversos medios que regula el ordenamiento procesal penal.

10. EL INDICIO:

Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicas especiales.

10.1. NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA:

La importancia de la prueba indiciaria ha sido objeto de juicios diversos. La prueba indiciaria se impone tanto en el proceso penal como en el proceso civil en los pleitos laborales, como en los litigios administrativos. Los tribunales y autoridades necesitan de ella siempre y por doquier. La conclusión indiciaria como procedimiento probatorio, en las operaciones mentales a cumplir en el marco de la prueba indiciaria más inadvertidas que la mayoría de las prácticas probatorias. Algunos textos de Derecho Procesal la llaman procedimiento probatorio especial, otros lo consideran un simple medio auxiliar a diferencia de los medios clásicos, documentos inspección ocular, porque trata de deducir hechos auxiliares, la existencia de una circunstancia que es jurídicamente relevante en sentido propio. En ciertas circunstancias esta labor puede durar meses y aun años, en el procedimiento vigente. La prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta cuya fuente es un dato comprobado y se concreta en la obtención del documento probatorio mediante una inferencia correcta.

Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta. No puede ser una prueba histórica ni representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos críticos lógicos, basados

en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigando.

En la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que tiene es un hecho que le sirve para indicarle otro. Ejemplo: De acuerdo a las actas de levantamiento de cadáveres y el estado de los cadáveres, estas no nos representan la velocidad, el juez no inspecciona, no observa directamente la velocidad, pero el estado de los cadáveres indica el exceso de velocidad que iban las víctimas al momento de suceder el accidente.

10.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL INDICIO:

HECHO CONOCIDO-O INDICADOR: SANGRE, SALIVA, huellas, cabellos, piel, esperma, etc.- Ese hecho conocido debe estar debidamente probado.

Ejemplo: Usted iba a exceso de velocidad (no lo vimos). Lo deducimos de los siguientes hechos (síntomas en medicina, rasgos pictóricos) del estado como quedaron los cadáveres (se prueba con las actas de levantamiento): El señor K presentó decapitación, encontrándose su cabeza a un metro del cuerpo, múltiples fracturas y aplastamiento total del abdomen, múltiples fracturas y aplastamiento total del abdomen con expulsión de vísceras; por su parte, su hijo Kk también sufrió varias fracturas en miembros superiores e inferiores y pared lateral del tórax, ruptura de varios tejidos y también registro salida de vísceras. A tan violentos destrozos debe aunarse el aparatoso volcamiento del Toyota y los graves daños externos que sufrió al chocar contra el barranco, dejándolo en pésimas condiciones que le impedían rodar por sí mismo.

Detengamos nuestra atención así: el hecho probado (con las actas de levantamiento, el estado de los cadáveres) indica (no vimos, ni está registrado en

ningún objeto el exceso de velocidad) el exceso de velocidad (hecho que no vimos) , pero que está mostrado, señalado o indicado por el que tenemos probado: el estado de los cadáveres.

Ese hecho conocido debe estar debidamente probado. Saber de quién es la huella, para que sirva.

La mancha de sangre debe ser comparada con los sospechosos para que el hecho indicador este probado y sirva de algo.

HECHO DESCONOCIDO – INDICADO: Lo que se quiere averiguar. Por ejemplo Quién fue el autor del asesinato. El acta de levantamiento de los cadáveres es le medio probatorio que nos permitió ingresar al torrente probatorio: El estado de los cadáveres, uno de los cuales se encontraba decapitado...Esa prueba que nos acredita los hechos indicantes, nos permitió hacer la inferencia del exceso de velocidad del vehículo (el que los arrolló) (hecho indicado).

INFERENCIA LOGICA-RELACION DE CAUSALIDAD.- Se Requiere La inferencia lógica para descubrir la relación de causalidad.

10.3. CLASE DE INDICIOS:

- EL INDICIO NECESARIO.- Según que uno solo baste para producir el convencimiento en razón de que supone indispensablemente el hecho indicado(lo cual solo ocurre cuando corresponde a una ley física inalterable) o que apenas constituya una inferencia de probabilidad.

Es aquel hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado. El indicio preciso es lo que la doctrina denomina indicio necesario.

-EL INDICIO CONTINGENTE Y TODOS SUS REQUISITOS: Es aquel que demostrado, puede tener varias causas: Se puede clasificar en: A) Graves; B) Leves; C) Levísimos.

A un efecto determinado le puede corresponder varias causas. Ejemplo: El que sale corriendo del lugar del crimen no necesariamente es el responsable, puede correr por susto. Para que tenga eficacia probatoria debe ser plural: Varios indicios contingentes que apunten a un mismo hecho.

-EL INDICIO ANTERIOR-CONCOMITANTE-POSTERIOR.- Según La proximidad de la conexión entre los dos hechos. Al hecho desconocido que se trata de verificar.

Ejemplo de anteriores: Compra del veneno.

Concomitante: En el mismo instante de los hechos.

-EL INDICIO PERSONAL O SUBJETIVOS: Según se refieran a condiciones y modos de ser de una persona (como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o el hecho de significación civil).

-EL INDICIO REAL O MATERIAL.- Según se refieran a cosas, huellas, rastros y similares.

-LOS INDICIOS GRAVES Y LEVES.- La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como

medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.

Con sustento en el error grave , se pueden dictar resoluciones y sentencias. Esta especie de los indicios contingentes es el que tiene mayor importancia, en cuanto a su utilización y como consecuencia a su estudio ponderado y serio.

Existe indicio grave cuando entre el hecho demostrado (indicio) y el hecho a probar, exista una relación lógica inmediata. Ejemplo, si encontramos en poder de una persona los objetos hurtados (hecho probado), este hecho se relaciona lógicamente e inmediatamente con el hecho investigado, que es establecer quién es el autor del delito. La relación debe ser lógica, es decir, surgir de la realidad y no de la imaginación, ni de la arbitrariedad; por tanto la relación entre el hecho base y el hecho presunto ha de tener un fundamento real, objetivo, independiente del sujeto que lo piensa.

Encontrar los objetos hurtados en poder de X, es una relación probable de autoría. La relación debe ser inmediata, es decir, que el hecho demostrado plenamente, esté estrechamente vinculado con el investigado, que esté cercano. En el ejemplo

propuesto, encontrar los objetos hurtados en poder de X, es próximo, cercano al descubrimiento del autor del hurto (hecho investigado).

-LOS INDICIOS POSITIVOS O NEGATIVOS: Según que concurren a indicar la existencia o la inexistencia del hecho investigado o de la responsabilidad del sindicado.

Ojo mediato e inmediato.

-LOS INDICIOS ORDINARIOS-TECNICOS-CIENTIFICOS.- Según exijan o no conocimientos especializados para apreciarlos.

Ordinarios: El común de la gente lo puede establecer por ejemplo si hay humo es porque hubo fuego.

Técnicos: Balística, dactiloscopista, grafólogo.

El indicio puede convertirse en peritazgo por ejemplo cuando el dactiloscopista demuestra que la huella es de X persona, se convierte en prueba pericial.

10.4 INDICIO EN MATERIA CIVIL:

Nuestro Código de Procedimiento Civil y Penal catalogan los indicios entre los medios de prueba y los definen correctamente. Los artículos 175 y 248 a 250 del C. de P. C. consideran los indicios como hechos plenamente probados que sirven para demostrar otro hecho y los distinguen de las presunciones judiciales. El art. 229 del C. de P. P. trae esta definición: "Se entiende por indicio un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho"; por lo tanto, los distingue también de las presunciones.

Artículo 175 C.de P. C. “Medios de Prueba” Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez.

El Juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

Art. 248 C. de P. C. Requisitos de los indicios: Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

Art. 249 del C. de P. C. Apreciación de los indicios: El Juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

10.5 INDICIO EN LEY 600 DE 2000:

En el Código de Procedimiento Penal, adoptado con la Ley 600 de 2000, quizá por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, su artículo 233 incluye al indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. Esta inclusión mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos.

De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria, al efecto establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000 (la cual

gobernó la presente actuación —Decreto 2700 de 1991, artículos 300 a 303—), el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados. Cabe resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacía varias hipótesis de solución

10.6. INDICIO EN LEY 906 DE 2004:

Se recuerda que el Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, no incluía a los indicios como un medio de prueba autónomo, pues su artículo 248 estipulaba acertadamente que “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.”

En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el

artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas.

En lo que tiene que ver con el denominado “método técnico científico” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).

El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

11. SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA:

La valoración de la prueba es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.

11.1. SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL: en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

También llamada de la prueba tasada o de la prueba legal, o apreciación tasada, tuvo destacada importancia en el derecho germánico y consiste en que el valor de la prueba está predeterminado en la ley; es ésta la que le señala por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado elemento probatorio; por lo tanto, el juzgador se encuentra obligado a valorar las pruebas de acuerdo a las extremos o pautas predeterminadas por el legislador en la norma jurídica.

Se advierte, que este sistema impide al juez hacer -uso de sus facultades de razonamiento, automatizando su función al no permitirle formarse un criterio propio.

Es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador.

“Según Iglesias (1995:44) en este sistema es el legislador el que, partiendo de supuestos determinados, fija de modo abstracto la manera de apreciar

determinados elementos de decisión, separando ésta operación lógica de aquellas que el juez debía realizar libremente por su cuenta.”

Se logra uniformidad en las decisiones judiciales en lo que respecta a la prueba. El valor de cada medio de prueba se encuentra establecido por la ley, en forma permanente, invariable e inalterable. Suple la falta de experiencia e ignorancia de los jueces. Impide el rechazo injustificado o arbitrario de medios de prueba aportados al proceso penal.

Ventajas de la Tarifa Legal:

1. Mayor Confianza en la Justicia
2. Darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley
3. Formalidad dirigidas a garantizar la salvación de la inocencia
4. Evita la sobre estimación peligrosa o rechazo injustificado de los medios de prueba aportados en el proceso.
5. Con este sistema se procura más que una solución de justicia una solución de paz.
6. Incita a las partes a proveerle en los límites de lo posible de pruebas eficaces y al facilitar el desenvolvimiento del proceso

Desventajas de la Tarifa Legal:

1. Mecaniza o automatiza la función del juez en tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad impidiéndole formarse un criterio personal y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico
2. Conduce a la declaración como verdad de una simple apariencia formal (declara la verdad formal y no la real)
3. Diversa entre Justicia y Sentencia

11.2. SANA CRÍTICA: es aquel que exige que la sentencia se motive expresamente el razonamiento realizado por el juzgador para obtener su convencimiento. El juzgador deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha generado arbitrariedad. Únicamente cuando la convicción sea fruto de un proceso mental razonado podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia mediante motivación.

Esta fórmula, envuelve un sistema lógico de valoración de prueba, ocupando un lugar intermedio entre los extremos analizados precedentemente. Receptado en la legislación española del siglo pasado, y especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la que en su art. 317 expresamente lo consagraba.

En él, el juez valora la prueba sin sujeción a criterios legalmente establecidos, pero, a diferencia del anterior, sin la interferencia de factores emocionales, debiendo fundamentar su decisión.

Como señala Couture, las reglas de la sana crítica son "las del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y razonamiento".

Es decir, que deben entenderse estas reglas, como aquéllas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y la lógica, vale decir, el criterio racional puesto en ejercicio, ya que en la estructura esencial del fallo, deben respetarse los principios fundamentales del ordenamiento lógico, las leyes de la coherencia y la derivación; las reglas empíricas de la experiencia, el sentido común y la psicología, todos ellos considerados como instrumentos del intelecto humano que permiten la aproximación a la certeza.

En cuanto a la lógica, y refiriéndonos a la lógica formal, juega un papel trascendental, a través de los principios que le son propios y que actúan como controles racionales en la decisión judicial conforme a la concepción clásica son: 1. Principio de Identidad: Cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero. 2. Principio de contradicción: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser verdaderos. 3. Principio de tercero excluido: Dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ambos ser falsos (uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible). 4. Principio de razón suficiente: Todo juicio para ser realmente verdadero, necesita tener una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad.

Respecto a la psicología, entendida como la ciencia del alma, el elemento interior que preside nuestra vida, desde los actos más simples a los más sublimes, manifestada en hechos de conocimiento, sentimiento y voluntad, juega un papel muy importante y de la cual el Juez no puede apartarse en la valoración de la prueba. De la misma manera ocurre con la experiencia, es decir, con las enseñanzas que se adquieren con el uso, la práctica o sólo con el vivir, y que se

-encuentran en cualquier persona de nivel cultural medio, integrando el sentido común.

Las reglas de la sana crítica no se encuentran definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Analizados los principios de la lógica queda un amplio margen de principios provenientes de las "máximas de experiencia", es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamento de posibilidad y de realidad. Es decir, que la aplicación práctica del modelo multidimensional propuesto como interpretación de un caso concreto avizora posibilidades hasta ahora no utilizadas

De lo analizado hasta aquí, se advierte que este sistema concilia los defectos señalados en los métodos mencionados anteriormente, por cuanto, si bien desliga al magistrado de reglas legales preestablecidas, no autoriza a obtener convicciones irracionales, y da al juez una facultad de valorar de manera amplia y discrecional, pero no arbitraria ni absoluta.

Por otra parte, constituye una verdadera garantía de justicia, permitiendo efectuar el contralor de la decisión jurisdiccional mediante el juicio lógico contenido en la motivación de la sentencia

Características:

- El jurado resuelve de acuerdo con su libre albedrío.
- El juez valora la prueba de acuerdo a su leal entender y saber.

Desventajas:

- Es un sistema apto para generar injusticias y arbitrariedades.
- La autoridad no tiene la obligación ni el deber de razonar o fundamentar los motivos para haber dictado la sentencia.

11.3. METODO TECNICO CIENTIFICO:

El denominado “*método técnico científico*” en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (*por ejemplo, el testigo y el perito*), del objeto percibido (*por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios*) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (*por ejemplo, la declaración y la experticia*).

El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo “reglas” relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte *ex novo*, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de arraigo científico para la producción y

apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

Es necesario hacer una definición acerca de que se entiende por prueba científica, para ello se referirán los conceptos que la componen, siendo ellos PRUEBA y CIENTIFICA.

Prueba: Por prueba, según el diccionario de la real academia española, dentro de varias acepciones que se ofrecen, la definición de prueba es: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.” Debe decirse lógicamente que este concepto debe circunscribirse a un proceso judicial, y por tanto debe mirarse que la prueba debe ser incorporada al proceso mediante los procedimientos debidamente consagrados en la ley, de admisibilidad y pertinencia.

Finalidad de la prueba:

Luego de definir lo que se entiende por prueba, debe mirarse para qué sirve la misma, y cuál es su finalidad dentro del proceso. Es así como según el profesor Jairo Parra Quijano “Toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico”(PARRA QUIJANO, 2002, pág. 147) De lo anterior se desprende que el fin primordial de la prueba es la obtención de la verdad, a lo cual debe agregarse que esa verdad no es una verdad real o material, sino una verdad meramente procesal, puesto que está surge de todo aquello que se pruebe dentro del proceso, por lo que las actuaciones deben encaminarse al logro del convencimiento del juez de que determinado hecho ocurrió o no; esto con la salvedad que el anterior código de procedimiento penal Ley 600 de 2000 consagra en su art 234 inc. 1 que el funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real, mientras que en la Ley 906 de 2004 se busca un conocimiento más allá de toda duda razonable.

De dichas normas se desprende que en materia penal se pretende la búsqueda de la verdad real y no la verdad procesal; aunque la norma consagre ese postulado, no es dable defenderlo, puesto que a pesar que se pretenda buscar esa verdad real; es decir, descubrir cómo sucedieron exactamente los hechos; siempre va a terminar relegándose a lo que se demuestre en el proceso. En esta medida es posible afirmar que dentro del proceso judicial, a pesar que su fin último sea descubrir la verdad real o material, independiente de la materia que se hable, todo se reducirá a lo que logre probarse en el transcurso del mismo, es decir a la verdad procesal o formal.

Ciencia:

El segundo componente de la prueba científica, es precisamente ese carácter científico, y es así como según el diccionario de la real academia española la definición de ciencia es: El conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales.

Ahora bien, del interrogante sobre que debe entenderse por ciencia el profesor Michele Taruffo dice: "...no hay duda sobre las denominadas ciencias "duras" o "no humanas", tales como la química, la física, las matemáticas, la ingeniería, biología, la genética, etcétera. En consecuencia, en los casos que las ideas proporcionadas por estas ciencias son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deban ser probados en un proceso civil, no surgen problemas, y el juez ordena de plano que se realicen los informes técnicos necesarios. Sin embargo, surgen problemas cuando se trata de las ciencias denominadas "humanas" o sociales, como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, la crítica literaria, la estética o la ciencia de las religiones. Por un lado, a propósito de muchos campos del saber se discute, nada menos, si se trata realmente de "ciencias" en el sentido propio del término, ya que a menudo faltan caracteres como el de verificabilidad empírica o el de la posibilidad de repetición de los experimentos..."(Taruffo, 2006., pág. 146) Parafraseando al profesor Taruffo el cual hace alusión a una distinción entre "ciencia buena" y "ciencia basura", siendo este último el término de un autor

estadounidense Faigman¹⁰, no todo puede catalogarse como ciencia, y por ello no todo puede entrar al proceso con ese carácter científico, por ello Michele Taruffo hace una distinción entre ciencias propiamente dichas y áreas de conocimiento técnico.

Prueba científica:

Ahora bien, de la unificación de los dos conceptos antes mencionados surge una Definición de prueba científica: Es así como se expresa que ésta es la aplicación de un conjunto de conocimientos estructurados, científicos o especialísimos en materia probatoria, es decir, por prueba científica ha de entenderse un instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo, y este instrumento, que es la prueba, implica la aplicación de conocimientos específicos sobre una materia. Según "Osvaldo Alfredo Gozaíni" una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener.

En esa medida mientras más restringida sea la visión que tenga el juez de que es y que no es ciencia, más tentado estará este a acudir a las reglas del sentido.

12. BIBLIOGRAFIA.

- PARRA, Quijano Jairo, Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones; Tomo IV cuarta edición. Librería Profesional.
- PARRA, Quijano Jairo; Manual de Derecho Probatorio; Universidad Externado de Colombia. 2011
- ISIMBLAT, Nattan; Derecho Probatorio; Editorial Universidad Católica de Colombia.
- CARNELUTTI, Francesco; Las miserias del proceso penal; edición Europa – América. 1969.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto; Pruebas Penales Colombianas; Editorial Temis Bogotá. Tomo II.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoria de la Prueba. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis.
- ARBUROLA, A. La prueba Indiciaria o Circunstancial. Primera edición.
- ARENAS, J. Critica del Indicio en Materia Penal. Editorial Doctrina y Ley. 1996
- Sentencia 63420 de 15 de mayo de 2010. Corte Suprema de Justicia
- Sentencia 32912 de 10 de Agosto de 2010. Corte Suprema de Justicia
- Sentencia 30727 de 17 de Marzo de 2009. Corte Suprema de Justicia
- Sentencia 26618 de 24 de Enero de 2007. Corte Suprema de Justicia
- <http://ramajudicial.gov.co/jurisprudencia>
- <http://fiscalia.gov.co>
- <http://derecho-probatorio.html>

- Sentencia 24468 de 2006
- Sentencia 28465 de 2013.
- Sentencia 26618 de 2007.
- Sentencia C-202 de 2005.

11. FICHA BIBLIOGRAFICA:

- PARRA, Quijano Jairo, Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones; Tomo IV cuarta edición. Librería Profesional.
- PARRA, Quijano Jairo; Manual de Derecho Probatorio; Universidad Externado de Colombia. 2011
- ISIMBLAT, Nattan; Derecho Probatorio; Editorial Universidad Católica de Colombia.
- CARNELUTTI, Francesco; Las miserias del proceso penal; edición Europa – América. 1969.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto; Pruebas Penales Colombianas; Editorial Temis Bogotá. Tomo II.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoria de la Prueba. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis.
- ARBUROLA, A. La prueba Indiciaria o Circunstancial. Primera edición.
- ARENAS, J. Critica del Indicio en Materia Penal. Editorial Doctrina y Ley. 1996