

LA EVIDENCIA FÍSICA Y LOS ELEMENTOS MATERIALES COMO SUSTENTO PROBATORIO EN LAS DECISIONES JUDICIALES*

Dagoberto Hernández Ramírez*

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto identificar y analizar, los conceptos de evidencia física y elemento material probatorio, con el fin de determinar las diferencias y contenidos de ambas figuras del derecho penal colombiano, bajo el entendido que el primero, es cualquier elemento perceptible por los sentidos, con potencial simplemente investigativo, mientras que los segundos tienen capacidad demostrativa. Es decir tienen vocación probatoria y en tal sentido es importante verificar el valor probatorio de los mismos en audiencias preliminares y la valoración de estos por el juez constitucional de control de garantías, frente a las decisiones que restringen derechos fundamentales.

Palabras clave

Elemento material probatorio, Evidencia Física, exigencia probatoria.

* El presente trabajo, es producto de investigación para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

• Abogado de la Universidad La Gran Colombia, técnico Profesional en Servicio de la Policía y Policía Judicial. Docente de Investigación Criminal en Colombia y Centro América, Instructor de la embajada Americana Icitap, en S.P.A, Análisis y procedimiento de la escena de crimen, Maestrante en derecho procesal penal de la Universidad Militar Nueva Granada, Sargento Mayor de la Policía Nacional.

PHYSICAL EVIDENCE AND THE MATERIAL ELEMENTS AS SUPPORTING EVIDENCE IN JUDICIAL

Abstract

The present work aims to identify and analyze the concepts of physical evidence and material evidence in order to determine the differences and contents of both figures Colombian criminal law, with the understanding that the first is anything perceptible by the senses simply research potential, while the latter are demonstrative capacity. Words have evidentiary vocation and in that sense it is important to verify the probative value of such preliminary hearings and the valuation of these by the constitutional court control guarantees against decisions restricting fundamental rights.

Key Words

Element material evidence, physical evidence, evidentiary requirements.

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento Penal Colombiano Ley 906 de 2004, en su artículo 275, no se observa ninguna clase de distinción por parte del legislador entre estos dos conceptos toda vez que el legislador da a los mismos un sentido gramatical similar, como contenido material probatorio, sin embargo advierte distinguir que lo que carece de aptitud demostrativa probatoria no interesa al proceso penal y

por consiguiente no debe ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el proceso. En la práctica judicial se estaría haciendo juicios valorativos de responsabilidad penal sin un sustento probatorio, contrariando lo ordenado por el artículo 381 del mismo código de procedimiento penal.

Ante todo, se pretende identificar cual es el alcance de los elementos materiales probatorios y evidencia física al momento del que el juez constitucional (juez de control de garantías); proceda a tomar decisiones en los cuales se afectan derechos fundamentales.

De hay que, se deba permitir a la defensa el ejercicio de contradicción de los EMP Y EF allegados por parte de la fiscalía a la audiencias preliminares con el fin de que el juez tenga un conocimiento informado en debida forma para tomar su respectiva decisión en el entendido que la valoración de los mismos solo es posible en audiencia de juicio.

De tal forma se utilizó un Método sintético de investigación por medio del cual se relacionan hechos aparentemente aislados como en el caso que nos ocupa tales como los conceptos de EMP y EF por lo que se formula una teoría que unifique los diversos elementos.

El método deductivo lo que nos lleva a estudiar el problema desde el todo hacia las partes, es decir analizando el concepto para llegar a los elementos de las partes del todo.

Es decir que una vez identificado el valor gramatical que se le debe dar a los conceptos aquí analizados se pretende fundamentar que la evidencia física no debe ser de ninguna manera fundamento de una sentencia condenatoria ni mucho menos sustento fáctico de motivación de decisiones judiciales preliminares.

1. CONCEPTO DE LA EVIDENCIA EN LA LEY 906 DE 2004

El sistema penal acusatorio tiene una órbita de valoración de la prueba amplio¹ indudablemente es aquí donde se finca el análisis en lo relacionado con la evidencia física como sustento fáctico en las decisiones judiciales.

La valoración que se le hace a la evidencia en las audiencias preliminares se centra en un juicio de valor por parte del juez, para sustentar su decisión judicial.

Del mismo modo hablar de prueba solo se concibe como tal en el momento que el juez de conocimiento las acepte, de tal forma que el enunciado fáctico que se presenta en audiencias preliminares ante el juez con función de control de garantías funda su decisión con evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, por consiguiente surge un problema, “el de la motivación del juez”:

¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31 de Agosto, 2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Diario Oficial. no. 45.657, Art. 273, 277, 280, 281, 282 y 283.

(...) 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 apropiada².

Por ello es de imperativa aplicación los principios rectores del derecho procesal penal que ha voces del Doctor Gómez Colomer uno de los más centrales el proceso es el de legalidad.

- Estamos ante la garantía jurisdiccional, parte del principio de legalidad penal, que obliga a determinados ajustes del proceso para que el Derecho Penal pueda ser correctamente aplicado.
- El primero de ellos se debe al interés público que existe en la persecución del delito, del que se llega a soluciones particulares y específicas que conforman diferencias importantes: aparece el fiscal, se articula una fase de investigación previa al juicio y se sostiene como característica esencial del proceso penal propio de un Estado de Derecho el juicio oral y público³.

En consecuencia tener claro lo que se entiende por evidencia física, es de tal importancia para saber en que momento del proceso el juez hace valoraciones de los hechos en el proceso con base en la cual forjara sus decisiones judiciales.

² BEDOYA SIERRA, Luis. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Bogotá, D. C., 2008, ISBN - 978-958-8374-10-9, Pág. 24.

³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Introducción al Derecho Procesal (Parte General del derecho Jurisdiccional). Principios del proceso penal. UNIVERSITAT JAUME –I. 2010. Pág. 127.

Puesto que “el formalismo procesal es necesario, porque es garantía para las partes conocer los principios por los que se regirá el procedimiento penal, ya que en todo momento sabrán lo que se tiene que hacer, evitando sorpresas (indefensiones)”⁴.

En efecto, teniendo claro que tanto los elementos materiales probatorios como la evidencia física, no son lo mismo la formalidad en el desarrollo de etapas preliminares deberán ser orientadas bajo postulados diferentes a los hoy consagrados en la ley 906 de 2004.

En tal sentido el artículo 29 de la constitución consagra” que el debido proceso se aplicará “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y agrega que quien sea sindicado tiene derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

Es preciso destacar que la norma constitucional no prevé ninguna excepción al derecho de contradicción, que forma parte del debido proceso, por el contrario señala la Carta que éste será aplicable “en toda clase de actuaciones”, de manera que no puede excluirse su reconocimiento durante las audiencias preliminares⁵.

Actualmente se pretende encontrar “diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el

⁴ *Ibidem.*,

⁵ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA FUNDAMENTAR LAS DECISIONES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES. Los principios de inmediación y contradicción deben aplicarse durante las audiencias preliminares. En: http://www.defensoria.org.co/pdf/publica/apelaciones/la_inadmisibilidad_de_la_prueba_de_referencia_para_fundamentar_las_decisiones_en_las_audiencias_preliminares.pdf. Consultado 26 de mayo de 2013.

primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias”⁶.

La diferenciación que se le pueda dar a estos dos elementos carece de importancia en el sistema procesal penal colombiano:

(...) Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “elementos materiales probatorios” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y evidencia física”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta⁷.

Ahora bien el uso que se le de a estos dos términos tiene relevancia en el entendido de dar una comprensión adecuada en el uso que le da el investigador a la evidencia física y el que el juez otorgue, por lo que en la etapa inicial del proceso es decir en la realización de las audiencias preliminares (audiencia de legalización de la captura, audiencia de formulación de la imputación y audiencia de medida de aseguramiento), la labor del investigador se fundamenta en observar, inspeccionar, recolectar y documentar

⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 29626, M. P. José Leonidas Bustos

⁷ *Ibidem*.

los rastros y vestigios que se encuentran en la escena donde se produjo la conducta punible.

Apropósito, resulta que en esta etapa del proceso la evidencia física no se presenta como prueba, pues ni tan siquiera hay hipótesis que pretenda demostrar o probar los hechos que se incoan para adelantar las labores de investigación por lo tanto la valoración de los hechos debe cumplir con un grado de “veracidad del juicio sobre los hechos pues es una condición necesaria (obviamente no suficiente) para que pueda decir que la decisión es justa”⁸.

De hay que el juez de garantías al “aplicar una medida debe exigir al investigador las alternativas que tiene y las dificultades que se presentan frente a su hipótesis delictiva, de encontrar que no existe otra posibilidad sino aquella de limitar un derecho fundamental debido a que el resultado no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo, podrá autorizar la injerencia”⁹.

Entonces resulta que, la concepción de la evidencia física se puede plantear en el entendido como bien lo manifiesta la doctora Marina Gascón, en los

⁸ BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y Prueba en el proceso acusatorio. En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf.

⁹GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. El juez de Control de Garantías. Consejo Superior de la Judicatura.2005. pág.178.

comentarios que le hace a Michele Taruffo en “*Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*”¹⁰.

Al considerar que el juez debe de tomar en serio la obligación de motivar, por lo que la prueba debe ser ese instrumento sin el cual no podría formar su conocimiento y determinar mediante las pruebas que se le allega, hacer razonamientos de verdades probables en un grado suficiente¹¹, o lo que sería similar en la ley 906 de 2004, tener un convencimiento más allá de toda duda razonable.

Así pues el juez al hacer juicios de valor con evidencia física que para nuestro caso no es posible, ya vez que desde su definición mas completa como “conjunto de elementos, grandes y pequeños de naturaleza diversa, y de variado origen, que proviene de la escena, que sirve para objetivar la observación y que encierra un gran potencial investigativo, por que sirvió para cometer el hecho o es una consecuencia del mismo”¹².

Así las cosas como ya se mencionó anteriormente la evidencia física en su estado inicial por decirlo de alguna manera no cumple con el mínimo de requisitos o elementos de valides para crear en el juez un juicio inicial de veracidad de los hechos que se investigan y que tiene por objetivo determinar

¹⁰ GASCON ABELLAN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. En ____: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf

¹¹ *Ibidem*. Pág. 8.

¹²MORA IZQUIERDO, Ricardo y SANCHEZ PRADA, María. LA EVIDENCIA FÍSICA Y LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO. Bogotá, Enero 2007. Pág. 70.

por lo menos un alto grado de veracidad la posible responsabilidad o no de la conducta punible que se le endilga a una persona¹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso CASTILLO PETRUZZI considera violatoria de esta garantía la legislación que prohíbe el interrogatorio de agentes estatales que participan en la recolección de prueba durante la fase de investigación cuando estas fundamenten una acusación... Además de esta consideración, la Corte Interamericana ha reiterado que obstaculizar el principio de contradicción equivale a una violación del debido proceso, aspecto que resulta plenamente compatible con la Constitución colombiana...¹⁴.

De lo anterior se puede analizar con base en el artículo 286. “Concepto. La formulación de la imputación es el 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 con función de control de garantías”.

Por ejemplo la audiencia de formulación de imputación por ser un acto por medio del cual simplemente se le comunica la calidad de imputado a una persona, no admite contradicción alguna por lo que al juez al no hacer una interpretación de la norma de forma sistemática esto es en concordancia y alcance con el artículo 287: Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez con función de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

¹³ Op. Cit., ley 906. Art. 381.

¹⁴ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005. Pág. 100.

(...) De este modo, a todos los intervinientes en el proceso se les reconocen espacios para que desde el rol que ocupan en él, participen activamente en el debate democrático y pluralista que se orienta a aproximar al Juez a la verdad, manteniendo una relación de equilibrio entre los actos referidos por las partes en sus enunciados y aquellos que ocurrieron en el mundo real. Ello implica que los distintos intervinientes deben ser convocados al debate y, que una vez en él, tienen derecho a desplegar todos sus recursos con miras a evitar la reconstrucción unilateral de la verdad. En este sentido, por ejemplo, la defensa tiene derecho a cuestionar la potencia incriminadora de los elementos probatorios aportados en las audiencias preliminares o en el juicio, a desvirtuar los argumentos que exponga la Fiscalía y, desde luego, a aportar los elementos materiales probatorios o las pruebas que controviertan las esgrimidas contra el imputado¹⁵.

Si se tiene en cuenta lo anterior el juez debe al igual que el fiscal inferir razonablemente a través de los EMP y EF, la posible autoría o participación de la conducta hasta tal punto que en audiencia que le sigue (Solicitud de Medida de Aseguramiento), son los mismos hechos y EMP y EF, la que sustentan la procedencia de la medida de aseguramiento, lo que indiscutiblemente requiere de valoración por parte del juez, así pues si hay valoración debe existir contradicción de lo contrario se estaría vulnerando el derecho fundamental a la defensa consagrado tanto en la norma constitucional como en los tratados internacionales ratificados por Colombia e incorporados por el Estado a través del artículo 93 de la norma constitucional.

2. CONCEPTO DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO LEY 906 DE 2004

La etapa de investigación preliminar prevista en la Ley 600 de 2000 y la indagación e investigación en la Ley 906 de 2004, resalta que en el anterior

¹⁵ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, los nuevos fundamentos de las Pruebas Penales una Reflexión desde la Estructura Constitucional del Proceso Penal Colombiano. Consejo Superior de la judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla.2006. pág.128

ordenamiento opera el principio de permanencia de la prueba, mientras que en el actual sistema prevalece el principio de inmediación de la prueba.

De tal manera que los elementos recaudados por la fiscalía general de la Nación, previamente a la etapa del juicio oral, tienen el carácter de mera evidencia física o elementos materiales probatorios, pero no son una prueba propiamente dicha, por consiguiente es necesario determinar cual es valor que se le da a los elementos materiales probatorio en la ley 906.

Vale la pena hacer la siguiente precisión terminológica: el material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que son aceptadas por el juez de conocimiento. En el sistema penal modificado por el Acto Legislativo de 2002, la Fiscalía, en su investigación, ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer ante el juez de la causa, lo que implicaba que la resolución de acusación junto con el acervo probatorio que presentaba ante el funcionario jurisdiccional se convirtiera en el fundamento probatorio de la sentencia¹⁶.

De otra parte, en el proceso penal de tendencia acusatoria, se pregona una igualdad de armas dada por el respeto de los principios y garantías procesales, en el ejercicio de defensa y contradicción, aspecto importante en lo que se refiere, de formar el conocimiento del juez en la toma de decisiones judiciales que afecte al indiciado toda vez que el juez en audiencias preliminares no le

¹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1194/05 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

esta permitido hacer juicios de valor que comprometan la responsabilidad del indiciado.

Por consiguiente los elementos materiales probatorios y evidencia física no deben ser sustento probatorio en estas instancias es decir no se deben considerar como pruebas por que esta solo comporta ese valor cuando es practicada ante el juez de conocimiento.

En otras palabras el sistema acusatorio tiene como unos de sus principios el de igualdad de armas, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales¹⁷.

Si bien es cierto, la abolición de las facultades probatorias oficiosas en cabeza del juez, al dejar en libertad las partes para que aporten las evidencias necesarias que les permita probar su teoría, en igualdad de condiciones legales, lo que se ve reflejado en el ámbito practico y jurídico por medio del ejercicio del interrogatorio y contra interrogatorio, mostrando con estos elementos procedimentales la fuerza de la oralidad y la argumentación en la actuación.

¹⁷ *Ibíd.*,

La noción de verdad procesal que se encausa a llevar la convicción del juez, esta determinada por medio de la recolección de la evidencia física y los elementos materiales probatorios siguiendo los lineamientos técnicos y científicos que la ciencia en cada una de sus variables a establecido y que tienen como finalidad el ser utilizados en el juicio oral, para verificar las proposiciones de las partes y para justificar con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantías en las etapas preliminares del proceso¹⁸.

En efecto los actos de prueba serian los que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho, de ahí que se podría decir que la prueba tiene como fin llevar al conocimiento del juez mas allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe¹⁹.

Al proceso formativo de elementos materiales probatorios y evidencia física, anteceden –generalmente- aquellos actos de investigación a cargo de la Fiscalía y la policía judicial, en forma tal que su utilidad dependa de la aptitud que tenga de consolidarse probatoriamente en el juicio.

De este modo, en sí mismos no pueden ser valorados ni objeto de contradicción. Los actos de investigación no sustentan en modo alguno la imputación ni la medida de aseguramiento, ni la acusación, por cuanto

¹⁸ Op. Cit., Ley 906. Art. 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206,207 y 208.

¹⁹ *Ibidem.*, Art. 372.

sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba²⁰.

Indudablemente las fallas en que se pueden incurrir durante las etapas posteriores a la valoración de la evidencia física y elemento material probatorio sin previa mediación y valoración del juez deja al funcionario judicial encargado de tomar la decisión en un laberinto falto de veracidad ya que el juez mediante “pruebas practicadas bajo su dirección y en su presencia logra el conocimiento aproximado a la verdad para que en ese convencimiento, apoye su decisión y con base en ellas, declare la responsabilidad o inocencia del acusado”²¹.

3. CONCEPCIÓN DE LA EVIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

Con el propósito de dar solución a la dicotomía que se presenta en la aplicación de la evidencia física que aun no es considerada como prueba dentro de las instancias preliminares del proceso penal, se debe de tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 153 de la ley 906 de 2004 que expresa lo siguiente:

Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez con función de control de garantías.

²⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 25007. M. P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

²¹VARGAS AVILA, Rodrigo. La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. En: Revista Prolegómenos Derechos y Valores No. 25. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Enero-junio de 2010. Bogotá, pp.137.

Artículo 154 expresa:

Se tramitará en audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

Al respecto con el numeral 8 de la norma citada se debe comprender que estos asuntos hace referencia a todos los actos de indagación y investigación²² en el cual gira propósitos específicos que serán resueltos por el juez de control de garantías, la decisión del juez dependerá de la argumentación fáctica, jurídica y probatoria que haga las partes esto implica decisiones que afecten los derechos fundamentales dentro de una actuación.

²²VANEGAS VILLA, Piedad. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio, Bogotá, D. C., 2007, ISBN - 978-958-8374-01-7, Pág. 36.

A manera de ejemplo, se le da captura a una persona en flagrancia de acuerdo con lo establecido en el artículo 301 del código de procedimiento penal vigente, corresponderá como primera medida por parte del juez determinar si hay motivos fundados para que proceda la captura y este análisis lo debe de hacer a través de los EMP y EF que presenta la fiscalía donde se muestre la relación por parte del capturado con la comisión de la conducta punible²³.

(...)en su etapa inicial, el proceso investigativo se fundamenta en acciones de observación, inspección, descubrimiento, recolección y documentación de los vestigios y rastros que fueron dejados durante la comisión de la conducta punible(...) En esta etapa, esos vestigios aun no representan prueba, ni tan siquiera existe la hipótesis que se requiere probar²⁴.

De lo anterior se puede decir que colocando al juez y al fiscal hipotéticamente en el lugar y en las circunstancias en que se hallaba quien realizo la aprehensión ya que al tomar la decisión por parte del juez en estas audiencias no hay prueba como tal que permita la contradicción de la misma ni muchos menos se indaga en audiencia a través de interrogatorio acerca de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se realizó la captura por parte de quien la materializó.

Consecuencia de lo anterior la decisión se toma por parte del funcionario judicial simplemente, con un informe de policía, que en todos los casos no se indaga sobre el particular, de tal suerte que la decisión del juez se ve

²³ *Ibidem.*, Pág. 45.

²⁴ *Op. Cit.*, MORA IZQUIERDO, Ricardo y SANCHEZ PRADA, María. Pág. 81.

supeditada a la argumentación de las partes de los enunciados fácticos que de los hechos se le hacen en la subsunción de la norma penal.

Ahora bien, de igual forma pasa con los demás casos en que no habiendo prueba se procede a tomar decisiones con evidencia física y elementos materiales probatorios que pueden o no llegar a ser prueba en el proceso, por consiguiente se debe implementar necesariamente una etapa intermedia entre las audiencias preliminares que busque el debate probatorio de las partes con mira que permita al juez hacer una valoración adecuada de los EMP Y EF que se tenga hasta el momento de tal manera que la decisión del juez sea adecuada a la hora de restringir derechos fundamentales toda vez que la fiscalía tiene que investigar tanto lo favorable como lo desfavorable.

El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de controvertir al acusado²⁵.

Es decir, la defensa no se limitaría sólo a argumentar o contra argumentar, sino que puede aportar y discutir material probatorio toda vez que en una justicia

²⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

rogada, no se caracteriza tan sólo por la petición que hace el Fiscal al juez para que éste tome una determinada decisión, ni por el contrario se caracteriza por la toma de decisiones automáticas sin examen riguroso por parte del funcionario judicial. Corresponde por el contrario, a que la defensa y el ente acusador, se colocan en plano de igualdad frente a la discusión argumentativa y probatoria sobre los requisitos y fundamentos para adoptar cualquier medida que afecte derechos fundamentales²⁶.

Lo que es más importante el término prueba como lo señala la doctora María Gascón Abellán:

En el contexto jurídico identifica los tramites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión. Precisamente por eso, frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad encaminada a “conocer” al juez de la ocurrencia de los hechos, desde una perspectiva racional la concepción mas adecuada (y no por casualidad la mas extendida y acorde con las intuiciones de los hablantes) es la cognoscitiva, según la cual la prueba se endereza a conocer o acreditar la verdad de (los enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos²⁷.

Por su puesto la esencia de un sistema acusatorio es el debate reglado donde el papel de la defensa no puede ser pasivo, sino en igualdad de condiciones a

²⁶ APONTE CARDONA, Alejandro. Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal. 2da Edición. ESCUELA RODRIGO LARA BONILLA. Pág.59.

²⁷ GASCON ABELLAN, Marina. Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Universidad Autónoma de México. Pág. 47.

la fiscalía dando plena aplicación al principio de contradicción por eso si la decisión final adoptada por el juez con función de control de garantías se basa en aspectos de amplia discusión como *motivos graves y fundados*, como la *peligrosidad de una persona*, entre otros es primordial señalar que este debate pasa la presentación del material probatorio, no sólo por parte del Fiscal, sino por parte de la defensa²⁸.

El juez debe revisar permanentemente los motivos y circunstancias que lo llevaron a adoptar la medida, y las partes pueden pedir que ésta se sustituya o revoque. Por lo tanto, esto refuerza la idea planteada acerca de las posibilidades abiertas para la defensa en torno de los requisitos y fundamentos de la medida. Una solicitud de revocatoria o sustitución, no se puede basar sólo en recursos argumentativos, debería tener por principio un respaldo probatorio²⁹.

De lo anterior se puede concluir que el juez constitucional debe sustentar su decisión en los EMP y EF, aportados por la fiscalía y estos argumentados negativamente por la defensa, sin embargo la defensa en virtud del principio de igualdad de armas puede allegar al proceso EMP y EF, que lleven a inferir razonablemente primero que la persona no es el posible autor o participe de la comisión de una conducta (Audiencia de formulación de Imputación) o desvirtuar el elemento subjetivo consagrado en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

²⁸Óp., Cit. APONTE CARDONA. Pág.59.

²⁹ Ibídem.,

Sin duda de lo anterior el sistema penal acusatorio contiene una secuencia de fases que se agotan gradualmente, en la misma línea sucede con los EMP y EF, por lo que deben agotar ciertos requisitos para que se puedan considerar como prueba, estos requisitos se resumen en los siguientes (I) hallazgo (II) utilidad –pertinencia- (III) legalidad -procedimiento de consecución- (IV) autenticidad; (V) aducción en la audiencia de juicio oral (VI). Valoración³⁰.

Así pues en el marco de la Ley 906 de 2004, se puede indicar en la medida en que la imputación es un acto exclusivo de la Fiscalía, y sólo por mandato legal, está obligada a formularla cuando existe *evidencia o material probatorio* que permita ***inferir*** esto es etimológicamente proviene del latín *inferre* (llevar adentro) es decir el lleva dentro de si un convencimiento y este solo se obtiene de los EMP y EF que se la allegan al juez en la correspondientes audiencias preliminares por lo tanto en cuanto a la imputación el sistema penal acusatorio está basado en un sistema de partes en el que la carga de la prueba está en cabeza del Estado, correspondiéndole al juez con función de control de garantías decidir sobre la legalidad de las actuaciones del ente investigador, y donde el imputado no es un sujeto pasivo, sino que por el contrario se demanda su participación, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos.

De manera que, ante la posible imposición de una medida de aseguramiento por solicitud de la Fiscalía, el juez de garantías debe verificar el cumplimiento de los requisitos de ley para su imposición y garantizar el derecho de

³⁰ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Fiscalía General de la Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2008. Pág.195.

contradicción³¹ por parte del afectado hasta tal punto que estos serán solicitados e incorporados en la audiencia de juzgamiento pero previamente fueron sustento para decisiones judiciales y con posterioridad pueden ser declarados ilegales lo que generaría que al no ser debatidos en audiencia ante el juez constitucional con su debido contradictorio vulnere Derechos fundamentales

De tal forma si el juez de control de garantías omite la valoración de los EMP y EF, por las partes en el proceso y este a su vez omite su propia valoración de los mismos se transgrede así el derecho a la defensa, pues ésta se ejerce estudiando las evidencias objeto de contradicción en el debate público, para preparar con el tiempo oportuno la estrategia defensiva, que es lo que genera la denominada “igualdad de fuerzas” en el sistema acusatorio que a su vez es sometido a mediación de control y debate público por el juez con función de control de garantías.

CONCLUSIONES

Dentro del sistema acusatorio adoptado por el Estado Colombiano la prevalencia del principio de libertad, no sólo se relaciona con el hecho de ponderar las consecuencias que trae consigo la privación de la libertad en sitio de reclusión, sino también, la posibilidad que un juez considere que las evidencias aportadas por la Fiscalía, si bien no se ajustan a la disposición enunciada por el Fiscal, sí la analice dentro de su valoración para que la

³¹ COLOMBIA, CORTE COONSTITUCIONAL. Sentencia 127/11 M.P. María Victoria Calle Correa.

evidencia pueda ser excluida en etapa de investigación y no solamente en etapa de juicio.

Es de suma importancia determinar de forma clara la función de la defensa en las audiencias en el entendido que el papel que juega el juez frente al juicio oral de inferencia fundado razonablemente que se le exige legalmente no debe limitarse a la defensa tan sólo a desvirtuar, argumentativamente, sino que ella debe tener la posibilidad de contra argumentar solicitando y aportando material probatorio o haciendo inferencias lógicas de los EMP y EF, aportados por la fiscalía.

Es deber y obligación del juez constitucional (control de garantías) examinar permanentemente los motivos y circunstancias que lo llevan a adoptar la medida, y las partes pueden pedir que ésta se sustituya o revoque. Por lo tanto, esto refuerza la idea planteada acerca de las posibilidades abiertas para la defensa en torno de los requisitos y fundamentos de la medida.

Una solicitud de revocatoria o sustitución, no se puede basar sólo en recursos argumentativos, debería tener por principio un respaldo probatorio, que no sea la simple concepción de los EMP y EF sino una verdadera “prueba” objeto de debate y practicada en audiencia como medida preliminar. De esta forma, se entiende que en relación con el material probatorio, la evidencia física y la información relacionada concretamente con la medida, sí hay debate y sí hay contradictorio.³².

³² Op. Cit., BEDOYA SIERRA. Pág.58.

Sin duda en el sistema penal acusatorio es necesario identificar las diferencias que conllevan a la conceptualización de elemento material probatorio y evidencia física con el fin de determinar cual de los dos tiene mas capacidad demostrativa y puedan sean allegados al juez con función de control de garantías y se pueda realizar la contradicción y el debate probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE CARDONA, Alejandro. Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal. 2da Edición. ESCUELA RODRIGO LARA BONILLA.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Fiscalía General de la Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2008.

_____FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Bogotá, D. C., 2008, ISBN - 978-958-8374-10-9.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 5ª edición. Julio de 2004.

BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro. Verdad y Prueba en el proceso acusatorio. En: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 25007. M. P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 906 (31 de Agosto, 2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Diario Oficial. no. 45.657.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 29626, M. P. José Leonidas Bustos.

COLOMBIA, CORTE COONSTITUCIONAL. Sentencia 127/11 M.P. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1194/05 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

DÍEZ-PICASO, Luís María. El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. España. 1ª edición. 2000.

GASCON ABELLAN, Marina. Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Universidad Autónoma de México.

_____Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo.

En:http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Introducción al Derecho Procesal (Parte General del derecho Jurisdiccional). Principios del proceso penal. UNIVERSITAT JAUME –I. 2010. Pág. 134

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005

MORA IZQUIERDO, Ricardo y SANCHEZ PRADA, María. LA EVIDENCIA FÍSICA Y LA CADENA DE CUSTODIA EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO. Bogotá, Enero 2007.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los nuevos fundamentos de las Pruebas Penales una Reflexión desde la Estructura Constitucional del Proceso Penal Colombiano. Consejo Superior de la judicatura. Escuela Rodrigo Lara Bonilla.2006.

VANEGAS VILLA, Piedad. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio, Bogotá, D. C., 2007, ISBN - 978-958-8374-01-7.

VARGAS AVILA, Rodrigo. La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. En: Revista Prolegómenos Derechos y Valores No. 25. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Enero-junio de 2010. Bogotá.

PERALTA, Oscar Julián. LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARAFUNDAMENTAR LAS DECISIONES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES. Los principios de inmediación y contradicción deben aplicarse durante las audiencias preliminares. En:
http://www.defensoria.org.co/pdf/publica/apelaciones/la_inadmisibilidad_de_la_prueba_de_referencia_para_fundamebtar_las_decisiones_en_las_audiencias_preliminares.pdf.

_____ Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. El juez de Control de Garantías. Consejo Superior de la Judicatura. 2005. pág. 178.