

Exclusión de Evidencias
en el Sistema
Acusatorio Colombiano

MARÍA INÉS MURIEL PUERTO
HERNANDO ORDÓÑEZ RAMÍREZ

Exclusión de Evidencias en el Sistema Acusatorio Colombiano



FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MAESTRÍA EN CRIMINALÍSTICA Y CIENCIAS FORENSES

345.3/M977e

Muriel Puerto, María Inés
Ordóñez Ramírez, Hernando

Exclusión de Evidencias en el Sistema Acusatorio colombiano / Maria Inés
Muriel Puerto, Hernando Ordóñez Ramírez.

Santiago de Cali: Universidad Libre, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales. Maestría en Derecho Penal, 2017.

144 páginas.—(Colección Derecho Penal, Criminalística y Ciencias Forenses,
Investigación 2016)

ISBN 978-958-8891-71-2

Incluye referencias bibliográficas.

Colombia /Procedimiento penal / Prueba penal / Sistema penal acusatorio /
Publicaciones de la Universidad Libre. Seccional Cali.

UNA PUBLICACIÓN DE LA UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL CALI, FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, MAESTRÍA EN DERECHO PENAL, MAESTRÍA EN CRIMINALÍSTICA Y
CIENCIAS FORENSES

EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

ISBN: 978-958-8891-71-2

(cc) Algunos Derechos Reservados para esta edición 2017. Licencia Creative Commons
para reproducción parcial con indicación de fuente. Reconocimiento-no comercial-sin
obras derivadas 2.5 Colombia.

El contenido del documento es de exclusiva responsabilidad intelectual de los autores
y no compromete a la Institución.

Comité Editorial: José Hoover Salazar Ríos, Hernando Ordóñez Ramírez, Lilia Cor-
tés Monsalve, María Inés Muriel Puerto, Maribel Lagos Enríquez.

Asesor Editorial: Lizardo Carvajal

Edición e Impresión

POEMIA, su casa editorial, Carrera 24 D Oeste No. 4-108

Teléfono: (2)3719822, Cali, Colombia.

poemiaterritoriodelaescritura.blogspot.com

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

DIRECTIVOS SECCIONALES

Helio Fabio Ramírez Echeverry
Delegado Personal del Presidente Nacional

Luis Fernando Cruz Gómez
Rector Seccional

Ómar Bedoya Loaiza
Secretario Seccional

Gilberto Aranzazu Marulanda
Censor Seccional

Arnaldo Ríos Alvarado
Director Centro Seccional Investigaciones

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

José Hoover Salazar Ríos
Decano

Ofelia Cecilia Dorado Zúñiga
Secretaria Académica

Patricia Galarza González
Directora (E) Cifader

Hernando Ordóñez Ramírez- Lilia Cortés Monsalve
Coordinación Maestría Derecho Penal

María Inés Muriel Puerto - Maribel Lagos Enríquez
Coordinación Maestría Criminalística y Ciencias Forenses

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Libre, Seccional Cali

A la doctora Mercedes Salcedo Cifuentes,
presidenta de este trabajo de investigación

A la doctora Maribel Lagos Enríquez

A nuestros docentes, familiares y amigos

A todos quienes de una u otra forma contribuyeron
en la elaboración de esta investigación

CONTENIDO

AL LECTOR	15
PRESENTACIÓN	17
RESUMEN	19
INTRODUCCIÓN	21

CAPÍTULO I

Derecho Procesal Comparado

1. Sistema continental europeo	27
2. Sistema anglosajón	29
3. Reglas de evidencia de Puerto Rico	30
4. Código Procesal Penal chileno	30
5. Derecho Procesal Penal en Colombia	31
5.1. Evolución Legislativa del Derecho Procesal Penal en Colombia, en relación con el manejo de los EMP y EF	32
5.1.1. Decreto 2700 de 1991	32
5.1.2. Ley 600 de 2000	33
5.1.3. Acto legislativo 03 de 2002	34
5.1.4. Ley 906 de 2004	34

CAPÍTULO II

Medios de conocimiento y medios de prueba

1. Prueba testimonial	40
2. Prueba pericial	41
3. Prueba documental	42
4. Inspección judicial	44
5. Elementos materiales probatorios y evidencias físicas	45

CAPÍTULO III

EMP y EF como medios de conocimiento

1. Conceptualización	49
2. Importancia	50
3. Protocolos desarrollados	52
4. Búsqueda	53
5. Descubrimiento procesal	54

CAPÍTULO IV

Manejo de EMP y EF

1. Condiciones	58
2. Reglas	58
2.1. Pertinencia	58
2.2. Validez y Competencia	59
2.3. Materialidad o Substanciación de la Evidencia	59
3. Principios	59
3.1. Principio de uso	59
3.2. Principio de producción	59
3.3. Principio de intercambio de Lockard	59
3.4. Principio de correspondencia de características	60
3.5. Principio de probabilidad	60
3.6. Principio de reconstrucción de los hechos o los fenómenos	61
3.7. Principio de certeza	62
4. Facultades de Policía Judicial en el manejo de EMP y EF	62
5. Facultades de la defensa en el manejo de EMP y EF	63
6. Recolección	64
6.1. Recolección EMP y EF que no requieren autorización judicial previa ..66	
6.1.1. Inspección en el lugar del hecho	66
6.1.2. Inspección al cadáver	69
6.1.3. Inspecciones en lugares distintos al del hecho	69
6.1.4. Exhumación	70
6.1.5. Registros y allanamientos	70
6.1.6. Retención de correspondencia	71
6.1.7. Interceptación de comunicaciones	71
6.1.8. Exámenes de ADN	71

6.2. Recolección EMP y EF que requieren autorización judicial previa	72
6.2.1. Las inspecciones y registros corporales en el derecho comparado.....	72
6.2.3. Inspección Corporal	76
6.2.4. Registro Personal	80
6.2.5. Obtención de muestras que involucren al imputado ¹⁴⁷	84
6.2.6. Diferencias de la obtención de muestras que involucren al imputado con la inspección corporal	85
6.2.7. Requisitos para la práctica de la obtención de muestras	85
6.2.8. Obtención de muestras que involucren a la víctima	89
7. Marcación	91
8. Embalaje	92
9. Rotulación	92
10. Transporte	93
11. Almacenaje	93
12. Presentación en el juicio	93
13. Confrontación	94
14. Controversia probatoria.....	94
15. Valoración	94
16. Macroelementos	95
17. Cadena de custodia	96
18. Autenticidad	99

CAPÍTULO V

Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de EMP y EF

1. Exclusión EMP Y EF	106
2. Exclusión de EMP y EF en registros y allanamientos	107
3. Exclusión de EMP y EF por invalidez del allanamiento y registro	108
4. Nulidad derivada de la prueba ilícita	110
5. Nulidad por violación a las garantías fundamentales	113
6. Ilícitud e ilegalidad de EMP y EF	114
7. Línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en torno a la exclu- sión de EMP y EF	118
7.1. Error de derecho por falso juicio de legalidad	121
7.2. Error de hecho por falso juicio de raciocinio	127
8. Errores de apreciación probatoria	132

CONCLUSIONES	135
RECOMENDACIONES	137
BIBLIOGRAFÍA	139

AL LECTOR

José Hoover Salazar Ríos

Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

El compromiso de la Universidad Libre, en el proceso de formación en el que se empeñó hace ya más de setenta y cinco años, la ha erigido como pionera a nivel local y regional en los procesos de construcción permanente del conocimiento científico, mediante la institucionalización de una cultura investigativa orientada a propiciar el liderazgo en las soluciones de problemas sociales, económicos, políticos y culturales.

Este propósito en los programas de posgrados de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, va más allá, con la institucionalización de una política de publicación de los resultados de investigación de docentes y educandos, adscritos a los grupos de investigación de los programas académicos de la Facultad, que dinamizan sus líneas de investigación, para la difusión del conocimiento en la comunidad académica y en el entorno social convirtiéndose en referente y punto de partida de la investigación para futuras generaciones de estudiantes.

La política institucional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, se materializa en este primer momento, en la colección titulada: Maestrías en Derecho, que en su primera serie, *Investigación 2016*, consta entre otros, de dos libros, catálogos indizados de avances y resultados en investigación en la Maestría en Derecho Penal y en la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses.

La novedosa estructura de la colección, la convierte en una útil herramienta de consulta y referencia, que entrega información de los elementos que la componen. Incluye además, la pro-

ducción intelectual de docentes e investigadores de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y constituye un esfuerzo y producto de la *mesa de redacción*, el espacio creado para la redacción y edición de la producción académica docente, orientada en el propósito de difundir la investigación y resultados en la comunidad académica de la región.

El objetivo de difusión de la investigación se ajusta a los requerimientos de la autoridad nacional en ciencia y tecnología que apoya la formación de investigadores colombianos de las universidades de este país, *Colciencias*, por lo cual, las obras cuentan con el registro ISBN, la catalogación en la fuente, trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor de las obras publicadas.

Las obras se sometieron a un cuidadoso y exigente trabajo de revisión de originales, reportes en aspectos de semántica, sintaxis, estilo y ortografía. Respecto a la catalogación en la web, bajo los criterios básicos para la publicación y acreditación de libros universitarios resultado de investigación científica, se da cumplimiento a los requerimientos generales, en el sentido de orientar a los autores y editores en la labor de publicación, contó con la revisión de pares académicos y finalmente constituye una forma de publicidad de los documentos producidos en los programas pos graduales mencionados.

Asimismo, el catálogo, tanto impreso como en la web, difunde la información a través del DOI¹ de la Universidad, que permite la consulta de los documentos en PDF en diferentes dispositivos móviles y navegadores de internet.

Además, incluye las variables documentalísticas de los resúmenes, descriptores o encabezamientos de materia que faciliten el proceso de recuperación de la información contenida en los documentos.

Los anteriores aspectos constituyen el concepto general de la obra que les presento, la serie: *Investigación 2016*, que es la primera entrega de la Colección: *Maestrías en Derecho*, en el que se reconoce el trabajo articulado de docentes, investigadores de los grupos de investigación, estudiantes y autoridades de la Universidad Libre, Seccional Cali.

¹ Digital object Identifier System

PRESENTACIÓN

Hernando Ordóñez Ramírez

Coordinador Maestría en Derecho Penal (2010-2016)

Entregamos a la comunidad académica la serie denominada *Investigación 2016*, que hace parte de la colección Maestrías en Derecho.

El proyecto de edición y publicación de esta serie, de carácter académico y científico, se consolidó en la Decanatura del doctor José Hoover Salazar Ríos, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, quien apoyó la iniciativa de los miembros del Comité Editorial, interesados en publicar en medio físico y digital una diversidad de escritos, resultado, de una parte, de los productos de las líneas de investigación de los grupos registrados y categorizados por Colciencias, conformados por docentes del Programa de Derecho, y de otra, de las monografías de investigación realizadas por estudiantes y egresados de la Maestría en Derecho Penal y la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses de la Universidad Libre Seccional Cali.

La serie *Investigación 2016*, consta de diez y seis obras publicadas que recogen el interés de docentes, estudiantes y egresados, inquietos en hacer divulgación académica y científica de la producción intelectual de los resultados de sus investigaciones, con el fin de acreditar su labor como productoras de conocimiento.

Para lograr este cometido, hoy consolidado, fue necesaria la decidida e invaluable participación de quien funge como Asesor Editorial en estas obras, el maestro, escritor, profesor universitario, conferen-

cista y editor colombiano Lizardo Carvajal, quien dirigió el curso que denominamos *Mesa de Redacción*, en el cual un grupo de profesores y estudiantes del Programa de Derecho y de las Maestrías de dicho Programa, asistimos para conocer el proceso de edición, revisión de textos, diseño interior, exterior y registro de ISBN; catalogación en la fuente y asesoría en trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor.

RESUMEN

La evidencia física y los elementos materiales probatorios son valorados, en el Sistema Penal Acusatorio, como medios de conocimiento, a la par con otros medios, considerados en el sistema mixto como medios de prueba, tales como el testimonio, la inspección, los documentos y la prueba pericial.

Es por ello que su inadecuado manejo ha sido objeto de controversia jurisprudencial. En una sentencia proferida en el año 2007,¹ la Corte Suprema de Justicia trató el problema del manejo en la cadena de custodia y procesamiento de EMP² y EF³ como un asunto de valoración en el juicio oral y su censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción como un error de hecho derivado del falso raciocinio y no un problema de ilegalidad que conlleve a la exclusión, hasta una sentencia de 2012,⁴ donde la Corte Suprema de Justicia opta por señalar que, en realidad, las impugnaciones relacionadas con la ilegalidad e ilicitud de EMP y EF, necesariamente deben excluirse en el escenario propicio, el cual es, la audiencia preparatoria, para después señalar que lo importante es que la parte que presente los EMP y EF, esté en la capacidad de demostrar su autenticidad.

La exclusión de elementos materiales probatorios y evidencias físicas puede darse por factores de ilegalidad o de ilicitud, que conllevan a que estos medios de conocimiento sean, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, «nulos de pleno derecho».

La prueba ilícita es aquella que se circunscribe exclusivamente a la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales, los cuales pueden tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de

¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Javier Zapata Ortiz, Radicación 25920, del 21 de febrero de 2007. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

² Entiéndase en adelante Elemento Material Probatorio. Recuérdese que el término «elemento material probatorio» lo contempla el Acto Legislativo 03 de 2002.

³ Entiéndase en adelante Evidencia Física

⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Radicación 36562, del 13 de junio de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

prueba, sino, también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. De otra parte, la prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En ambos casos se aplica la regla de exclusión como lo indica el art. 29 superior.

Palabras claves: evidencia física, elemento material probatorio, medio de conocimiento, cadena de custodia, exclusión, prueba ilícita, prueba ilegal, error de hecho, error de derecho, proceso penal, audiencia preparatoria.

INTRODUCCIÓN

El inadecuado procesamiento de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas ha generado múltiples debates en el desarrollo de los procesos penales y ha sido objeto de controversia jurisprudencial en el seno de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que refiere a su valoración, razón esta que dio origen al planteamiento de nuestro problema de investigación: ¿Cuáles factores generan exclusión de Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencias Físicas (EF), como medios de conocimiento en el sistema acusatorio colombiano?

Esta controversia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha conllevado a que los operadores de justicia, partes e intervinientes en el sistema penal acusatorio colombiano, tengan incertidumbre en la interpretación del adecuado procesamiento y valoración de estos dos medios de conocimiento (EMP y EF) y por ende su viabilidad o no de exclusión.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se dio apertura formal y constitucional a la puesta en marcha del sistema acusatorio en Colombia, desarrollado a su vez por la Ley 906 de 2004, que entró en vigencia gradualmente desde el año 2005 hasta el 2008. Este sistema acusatorio exige unos medios de conocimiento muy concretos para probar la responsabilidad de una persona con un conocimiento más allá de toda duda, enfocando su probanza a lo que se le ha llamado la Era de la Modernidad Científica, es decir, en la utilización cada vez mayor de medios técnicos y científicos para probar la ocurrencia de los hechos criminales.

Ahora bien, los Elementos Materiales Probatorios y Evidencias Físicas son reconocidos hoy en día, por primera vez en nuestra legislación, como medios de conocimiento a la par con otros medios, como la prueba pericial o testimonial, por citar algunos de ellos. Es por esto que su manejo (búsqueda, recolección, embalaje, transporte, almacenaje y análisis) debe realizarse aplicando el método científico, las técnicas criminalísticas y las ciencias forenses, para que las personas encargadas de su procesamiento apliquen los métodos técnico-científicos exigidos por la ley y los protocolos desarrollados para tal

fin, de lo contrario, su inobservancia puede llevar a la exclusión por ilegalidad e ilicitud en su obtención.

Desde nuestra óptica hemos podido percibir la existencia de una serie de vacíos que van desde el conocimiento e interpretación de conceptos de tipo legal tales como: medios de conocimiento, medios de prueba, EMP y EF, reglas de exclusión, licitud y legalidad de la evidencia, entre otros, hasta la realización de inadecuados procesamientos del lugar de los hechos, por una indebida utilización de técnicas de investigación anacrónicas y obsoletas, que de algún modo afectan la autenticidad y legalidad de la prueba debatida en la etapa del juicio. Esta situación, en la mayoría de los casos ha sido pasada por alto por aquellos encargados de valorar o apreciar la prueba como tal, llegando por ende a afectar la buena administración de justicia por violación al debido proceso y demás garantías procesales.

El determinar los factores que generan exclusión de los Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencias Físicas (EF) como medios de conocimiento en el sistema penal colombiano se justifica en la medida que servirá de apoyo importante para los operadores de justicia, partes e intervinientes en el proceso penal y toda la comunidad académica, a efectos de consolidar y fortalecer la actividad probatoria, base importante y determinante en una investigación y juzgamiento penal.

Un inadecuado manejo (búsqueda, recolección, embalaje, transporte y almacenamiento) de evidencias conllevará, de una parte, a su ilegalidad por la inobservancia de las normas procedimentales, de otra parte, la afectación del debido proceso conllevará a la ilicitud de la misma, que en ambos eventos serán nulos de pleno derecho y por ende factores de exclusión.

El objetivo general de esta investigación es determinar los factores que generan exclusión de los Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencias Físicas (EF) como medios de conocimiento en el Sistema Penal colombiano.

Para cumplir este objetivo general, se plantearon como objetivos específicos, primero, establecer las causas que conllevan a la ilegalidad, como factor de exclusión, en el procesamiento de los Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencias Físicas (EF) y segundo, identificar cuáles son las causas generadoras de ilicitud, como factor de exclusión, en el procesamiento de EMP y EF.

La investigación desarrollada se basó en una revisión sistemática de los fundamentos normativos establecidos en la Constitución Política de Colombia, la Ley, los manuales, las resoluciones y los protocolos, además del análisis de

la jurisprudencia y la doctrina con la finalidad de identificar cuáles son las causas generadoras de ilegalidad e ilicitud, como factores de exclusión, en el procesamiento de los Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencias Físicas (EF).

Con base en los resultados obtenidos, podemos afirmar categóricamente, que los factores que generan la exclusión de los elementos materiales probatorios (EMP) y evidencias físicas (EF), son la ilegalidad y la ilicitud, siendo múltiples las formas en las que estas pueden presentarse.

Sin embargo, pese a las profundas diferencias que ha tenido la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sus diversas posturas, dicho Tribunal de Justicia no ha trazado una línea jurisprudencial seria y profunda en torno a dicho tema, pues mientras en cerca de diez sentencias ha considerado que la ilegalidad de los elementos materiales probatorios (EMP) y evidencias físicas (EF), es un tema de valoración en el juicio oral, en otra buena parte de decisiones se ha inclinado por considerar que el tema del mal manejo de la evidencia, incluyendo el incumplimiento de los requisitos formales, es un problema que debe resolverse en la audiencia preparatoria, para finalmente en las últimas sentencias considerar que lo importante es la demostración de la autenticidad de los EMP y EF.

Antecedentes de la investigación

Para el desarrollo de la investigación fue necesario conceptualizar los términos pruebas, elementos materiales probatorios, evidencias físicas, ilegalidad e ilicitud, exclusión, rechazo e inadmisibilidad, además de determinar cuáles son las causas que conllevan a la ilegalidad y la ilicitud como factores de exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, puesto que como se verá en la investigación, son dos factores que pasan desapercibidos y a veces suelen confundirse, pues, el término ilegalidad se refiere a los casos en los cuales durante el recaudo de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas se ha infringido la legalidad ordinaria o se ha faltado a las formalidades legalmente establecidas para su obtención; en tanto que la ilicitud se da en los casos en los que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas se han obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales.

Varias fueron las estrategias usadas para alcanzar los objetivos de esta investigación como fue el análisis de la legislación comparada en cuanto a los criterios que se tienen en otros países sobre el manejo de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a fin de cotejarlas con las pautas que trae

el Código de Procedimiento Penal colombiano en la materia, así como también establecer qué papel juegan los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, en materia de exclusión, al ser considerados medios de conocimiento en nuestro Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004.

Una vez clarificado lo anterior, se procedió a determinar cuáles son las causas que generan ilegalidad e ilicitud de EMP y EF como medios de conocimiento en el sistema penal colombiano.

Los antecedentes del concepto de elementos materiales probatorios y evidencia física, que se tejieron desde el decreto 2700 de 1991, hasta la Ley 906 de 2004, ha pasado por variados criterios de ausencia de conceptualización, hasta llegar a consolidarse de alguna manera en dos conceptos, que aunque no es lo ideal, tienen al menos una tendencia a la globalización, y es la inclusión del término evidencia física.

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal colombiano), Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este Código se entiende por EMP y EF, los siguientes:

- Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;
- Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;
- Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;
- Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;
- Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;
- El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;

- Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

Para estructurar finalmente el cuerpo lógico de esta investigación, es menester plantear que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, son susceptibles de ser controvertidos por las falencias que presenten en todo el proceso que implique su procesamiento, hasta el momento de su valoración donde puede convertirse en prueba, lo cual se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística establecidos en la Ley, los manuales de procedimiento y los principios de la oralidad como son la inmediación, concentración, contradicción, publicidad, entre otros.

Es importante que tanto el operador de justicia, como las partes e intervinientes en el proceso penal, conozcan el adecuado procesamiento y valoración de cada elemento material probatorio (EMP) y evidencia física (EF) en el sistema acusatorio colombiano. Solo de esta manera se podrá hacer un juicio técnico, científico y jurídico del cabal cumplimiento de los manuales de procedimiento y protocolos en el manejo de EMP Y EF, *so pena* de ser excluidos en el escenario establecido por la ley procesal penal, cual es la audiencia preparatoria.

Los EMP y EF son el insumo principal en una investigación judicial, son el principal punto de partida para la objetivación de la investigación criminal, que por muchos años ha estado cargada de la subjetividad de algunos medios de prueba, principalmente el testimonio; son dos nuevos medios de conocimiento que se incluyeron en el Sistema Penal colombiano, al lado de otros, que en los sistemas procesales inquisitivos se denominaron medios de prueba, tales como el testimonio, prueba documental, inspección judicial y la prueba pericial.

Entonces, desde este punto de vista, recobra toda la importancia este trabajo de investigación, para brindar herramientas jurídicas, a todas las personas que interactúen con la Administración de Justicia, toda vez que en nuestro territorio la jurisprudencia que ha emanado de la Corte Suprema de Justicia ha pasado por profundas inconsistencias que han generado mucha inseguridad jurídica tratándose de temas, como en el presente trabajo de investigación, de la exclusión de elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

CAPÍTULO I

DERECHO PROCESAL COMPARADO

Para comprender la estructura del Sistema Procesal Penal colombiano y determinar cuál es el escenario para la exclusión de EMP y EF, es necesario revisar los sistemas procesales penales anglosajón y continental europeo, así lo dijo la Corte Constitucional en su sentencia C-591 del 9 de junio de 2005:⁵

[...] en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

1. Sistema continental europeo

La Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló:⁶

[...] los modelos procesales penales de ascendencia continental europea, si bien presentan ciertas particularidades, se rigen por ciertos principios comunes del sistema acusatorio, como pasa a explicarse. En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial.⁷ De allí que, como afirma Roxin,⁸ la Fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, a un juez; pero tampoco es una autoridad administrativa. Así pues, dado que se le confía la administración de justicia penal su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia.

⁵ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

⁶ Ibid

⁷ ROXIN, Claus. Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, Santa Fé Argentina. Editorial Rubinzal - Culzoni Editores., 2007

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. 25ª Edición. Buenos Aires, editores Del Puerto, 2000, p. 53.

En consecuencia, un fiscal no puede ser obligado por su superior jerárquico a sostener una acusación o a dejar de perseguir a un sindicado. En consonancia con lo anterior, el fiscal no es técnicamente una «parte procesal». De allí que no solo debe reunir material de cargo contra el imputado, sino que es su obligación «investigar las circunstancias que sirvan de descargo».⁹

De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél solo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno.

No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el principio de oportunidad, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito. Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio.

Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre una contienda entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.

Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la «igualdad de armas», encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, «que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación».

El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente. La etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado, y así mismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo.

En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

⁹ *Ibíd.*, p. 53.

2. Sistema anglosajón

Respecto de este tópico, y en aras de concretar este sistema, retomaremos textualmente las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, la cual señaló:

Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito¹⁰ y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación. Se trata, por tanto, de una estructura rígida y jerarquizada.

Las órdenes de arresto son emitidas por un juez con base en una «causa probable», la cual, según exigencia de la Cuarta Enmienda constitucional, debe estar apoyada en una declaración jurada. Una vez la persona es capturada, en el menor tiempo posible, es llevada ante el juez para la realización de una vista preliminar, durante la cual es informada de sus derechos constitucionales, se le hace saber que tiene derecho a reclamar la realización de una audiencia preliminar, el fiscal o «prosecutor» expone los motivos que justifican privar de la libertad al ciudadano, y finalmente, el juez decide si concede o no, bajo fianza, la libertad al indiciado.¹¹

Dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o «preliminary hearing», cuyo objeto consiste en que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al término de la audiencia, el funcionario judicial decide si el Estado ha satisfecho o no el requisito de demostrar, «prima facie», que existen razones para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y la inmediata libertad de aquel.

Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como «discovery»,¹² con el propósito de garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o «plea bargaining» al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación esta debe ser comunicada al juez.

La siguiente etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual «en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito».

¹⁰ TAPPAN, Paul W. Op. cit.,

¹¹ CARP, Robert, Judicial Process in America, Universidad de Houston, 1990

¹² ESTADOS UNIDOS CORTE SUPREMA, asunto Brady vs. Maryland, 373, U.S. 83 (1963).

Este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales similares a este;¹³ pero, desde hace más de un siglo ha quedado establecido que dicha cláusula constitucional no se aplica para delitos menores.¹⁴

3. Reglas de evidencia de Puerto Rico

Las reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, y que entraron en vigor desde el 1 de octubre de 1979, han sido una fuente importante para la legislación procesal penal colombiana.

Estas reglas se conocen como Reglas de Evidencia de Puerto Rico y se aplican en todas las salas del Tribunal General de Justicia del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en procedimientos de naturaleza civil y criminal.

Las disposiciones de estas reglas se interpretan flexiblemente y de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica a cualquier problema evidenciario. El fin último de estas reglas es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales.

4. Código Procesal Penal chileno

El Código Procesal Penal de Chile, promulgado por la Ley 19.696 del 12 de octubre del año 2000, legislación que también ha sido influencia para nuestra experiencia procesal colombiana, no menciona en ninguna parte de su cuerpo normativo el concepto de evidencia que se maneja en el Código adjetivo del año 2004, para referirse a dicho concepto utiliza el término elemento de prueba.

Respecto al tema de exclusión el Estatuto Procesal Penal chileno¹⁵ señala: Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

¹³ ESTADOS UNIDOS Corte Suprema, asunto Waller vs. Georgia, U.S. 39 (1984)

¹⁴ CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edit. Forum, 1995, p. 187

¹⁵ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Procesal Penal Chileno Ley 19.696 (octubre 12 de 2000) Art. 276. Disponible en Internet <http://www.bcn.cl/lc/lmsolicitadas/cr>

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantías al dictar el auto de apertura del juicio oral.

En materia de exclusión, como lo veremos en el desarrollo de este documento, es más avanzado en Colombia, si bien es cierto, la legislación chilena fue un modelo a seguir en materia procesal en Colombia, en nuestro país, se evidencia un avance más significativo al tratar no solo el tema de exclusión, si no también, el rechazo y la admisión de elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

5. Derecho Procesal Penal en Colombia

La Corte Constitucional, al hacer una comparación entre los esquemas continental europeo y anglosajón respecto del Sistema Acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante la Ley 906 de 2004, concluyó que entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, se evidencia, una vez más, que el nuevo modelo Procesal Penal colombiano, no se adscribe a ninguno de los anteriores, sino que, por el contrario, presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004.

Es importante señalar, que el proyecto presentado a la Comisión Permanente Constitucional que sirvió de base para sus proyectos y luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, fue basado en la Ley Procesal Penal de Puerto Rico, cuya tendencia es anglosajona.

Es necesario recordar que frente a temas específicos como el de la cláusula de exclusión, la Honorable Corte Constitucional ha reconocido que nuestro Sistema Procesal se ha basado en la jurisprudencia norteamericana.¹⁶ Igual ocurre frente al tema del descubrimiento de evidencia y la posibilidad de recaudarla y hacerla valer en juicio por parte de la defensa, tal como lo describe la Corte Constitucional en la Sentencia C-1194 de 2005 en la que expresa:

La doctrina especializada ubica el origen de la figura en el diseño procesal norteamericano, particularmente en el proceso *Roviaro Vs United States*, del que conoció la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ante la necesidad de que la defensa tuviera oportunidad de producir evidencias a su favor, la Corte Suprema estableció que, en aplicación del principio de justicia procesal (*fairness*), la Fiscalía estaba obligada a revelar la identidad de un testimonio que adujo como prueba de cargo. Con posterioridad, la

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SU 159 marzo 5 de 2002, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en Internet <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>

Corte Suprema de Justicia ha extendido los alcances del principio buscando que la Fiscalía revele información y evidencia relevante para el proceso, siempre y cuando la misma no esté sujeta a una reserva específica.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia¹⁷ sobre el particular ha expresado;

Tal parangón posibilita de inmediato reconocer que el modelo de justicia bajo el régimen acusatorio insertado en la realidad procesal nuestra parece tener un predominante origen en aquellos sistemas continentales europeos, como que sigue siendo ostensible el predominio del principio de legalidad ejercido por el juez, que se hace manifiesto en la determinación del cambio de radicación de un proceso, la definición de la conexidad y de competencia, el decreto de medidas cautelares sobre bienes, el control de las medidas asegurativas y sobre la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, o sobre el escrito de acusación, mediando en el descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas o interrogando a los testigos, o en relación con la aprobación de los preacuerdos y negociaciones celebrados entre Fiscalía y acusado que puede rechazar si advierte vulneración de «garantías fundamentales», además de decidir sobre la pertinencia y admisibilidad de pruebas que se han de llevar al juicio, asistiéndole inclusive la posibilidad al juez de control de garantías -no así al de conocimiento-, de decretar pruebas de oficio en defensa de los derechos y garantías (C-396 del 2007).

Conforme a lo anterior se puede concluir, que la legislación colombiana en materia procesal penal, si bien, la estructuración de algunos institutos jurídicos permite deducir cierta tendencia al sistema continental europeo, queda claro que también encuentra fuente en el sistema anglosajón.

5.1. Evolución Legislativa del Derecho Procesal Penal en Colombia, en relación con el manejo de los EMP y EF

Los antecedentes del concepto de elementos materiales probatorios y evidencia física, que se tejieron desde el decreto 2700 de 1991, hasta la Ley 906 de 2004, ha pasado por variados criterios de ausencia de conceptualización, hasta llegar a consolidarse de alguna manera en dos conceptos, que aunque no es lo ideal, tienen al menos una tendencia en la globalización, y es la inclusión del término evidencia física, veamos:

5.1.1. Decreto 2700 de 1991

El Código de Procedimiento Penal colombiano de 1991 utilizó tres expresiones para referirse a lo que hoy se denomina elementos materiales probatorios y evidencia física, veamos algunos de los articulados: En el artículo 253, deno-

¹⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación. Proceso 26468 de julio 27 de 2007, MP Alfredo Gómez Quintero. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

minado «Libertad probatoria» utilizó la expresión «elementos constitutivos del hecho punible»; en el artículo 256, «Aseguramiento de la prueba», utiliza otra frase diferente: «elementos materiales de prueba» y en el 259, «Procedencia de la inspección» se refiere a «elementos probatorios».

Lo anterior significa que para dicho momento histórico en la ley procesal colombiana no hubo preocupación por parte del legislador o del gobierno nacional (quien tenía la potestad legislativa para este tipo de materias) por la conceptualización cuando se tratara de describir los EMP y EF.

Otro término que se asoció a este concepto actual de la evidencia física, es el de prueba, por ejemplo en el artículo 312 se establecía que la Policía Judicial podría ordenar y *practicar pruebas* sin providencia previa y en el artículo 319, «Finalidades de la investigación previa» se refería a la posibilidad de *recaudar las pruebas* en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción en la investigación previa.

Hoy es un exabrupto decir que la Fiscalía, por intermedio de la Policía Judicial o la defensa por intermedio de sus investigadores, van a recolectar o recaudar pruebas, por cuanto las pruebas no se recogen, lo que se recolecta o recauda son las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios, las pruebas están en la mente del juez, quien es el competente para valorar los medios de conocimiento, latentes de convertirse en pruebas.

5.1.2. Ley 600 de 2000

El Código de Procedimiento Penal de 2000 retomó algunas expresiones del derogado Decreto 2700 de 1991 y adicionó otros, para referirse al término adoptado en el actual Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004, veamos: El artículo 241, «Aseguramiento de la Prueba», señala: «El funcionario judicial deberá tomar las medidas necesarias para evitar que los elementos materiales de prueba sean alterados, ocultados o destruidos; por su parte el 244», «Procedencia». Indica «Los elementos probatorios útiles se conservarán y recogerán, teniendo en cuenta los procedimientos de cadena de custodia»; de otra parte, el 251. «Requisitos», estipula:

«En el desempeño de sus funciones, el perito debe examinar los elementos materia de prueba, dentro del contexto de cada caso; el 288», «Cadena de custodia», dispone «Se debe aplicar la cadena de custodia a los elementos físicos materia de prueba, para garantizar la autenticidad de los mismos,[...]»; finalmente el artículo 290, «Inspección de la escena», reza en uno de sus apartes: «No se inhumará ni se cremará el cadáver sin que se hayan realizado la correspondiente necropsia, el examen forense pertinente, y asegurado los elementos de prueba».

5.1.3. Acto legislativo 03 de 2002

Frente al manejo de la evidencia física. El Acto Legislativo 03 de 2002 señaló que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, deberá «Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción».¹⁸

Nótese que desde este Acto legislativo se le está colocando los pilares fundamentales al Sistema Acusatorio, cual es el adecuado manejo de los elementos materiales probatorios. Antes de que este Art. 2º del mencionado Acto Legislativo modificara el Art. 250 de la Constitución Política de Colombia, este artículo no se refería en particular a los elementos materiales probatorios dentro del proceso penal, solamente hacía alusión en forma muy general, entre otros temas, a la dirección de la policía judicial, función que hoy cumplen ciertos organismos del Estado para apoyar a la Fiscalía en el proceso del recaudo probatorio.

Dentro del plazo perentorio que la misma reforma del acto legislativo 03 de 2002 le dio a la comisión redactora para la elaboración de los proyectos de ley – 20 de julio de 2003- y el plazo otorgado al Congreso de la República para expedir las leyes correspondientes para adoptar el nuevo sistema acusatorio – 20 de junio de 2004- se estructuró un trabajo muy importante, es decir, el Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004,¹⁹ el cual le dio vida al sistema acusatorio colombiano, gestado desde el acto legislativo 03 de 2002.

Es precisamente entre estas dos normas (constitucional y legal)²⁰ que surge el tema objeto de este trabajo de investigación, es decir, el manejo de los «*Elementos Materiales Probatorios (EMP) y Evidencia Física (EF)*», veamos por que: *La Constitución se refiere a EMP*²¹ y *la Ley 906 de 2004 reseña además de estos, a la EF*».²²

5.1.4. Ley 906 de 2004

El Código de Procedimiento Penal de 2004, que implementó el Sistema Acusatorio en Colombia, aunque consolida los términos *elementos materiales pro-*

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002. Por medio del cual se reformó la Constitución Política de Colombia.

¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. (31 de julio de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 de 2002. Op. cit.,

²¹ *ibíd.*

²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit. Art. 382.

batorios y evidencia física en muchos de sus articulados, utiliza muy tímidamente otras expresiones, para referirse a esos mismos conceptos, veamos:

El artículo 344: Inicio del descubrimiento, señala:

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio y el **artículo 351, «Modalidades», establece** «En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación».

Como se puede apreciar en estas últimas referencias legislativas, son distintos los nombres dados por el legislador colombiano a los elementos relacionados con la conducta punible, es decir, a los denominados elementos materiales probatorios y evidencia física, referidos por la Ley 906 de 2004, dicho de otra manera, no existe uniformidad en el nombre para dichas evidencias asociadas a la conducta punible, lo que se traduce en una marcada ausencia de una de las características del pensamiento científico denominada «conceptualización».



CAPÍTULO II

MEDIOS DE CONOCIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA

La Ley 600 de 2000 (derogado Código de Procedimiento Penal colombiano) establecía claramente seis medios de prueba: La inspección, la prueba pericial, los documentos, el testimonio, la confesión y el indicio; dejando a un lado la duda presentada en el derogado Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), en cuanto al indicio, por cuanto aquí, en esta Ley, sí se lo incluyó.

La prueba pericial, al igual que otros *medios de prueba* señalados en la referida Ley 600 de 2000, son clasificados en la Ley 906 de 2004 como *medios de conocimiento*, es decir, se cambia específicamente la denominación de medios de prueba por medios de conocimiento.

Este nombre tiene un significado muy importante, por cuanto el conocimiento de esos medios probatorios se da en la investigación y son aportados por las partes, realmente se convierten en medios de prueba en el juicio cuando sean valorados con todos los requisitos exigidos por la ley para su apreciación, mientras no suceda esto, es decir, mientras no se practiquen en audiencia pública, serán considerados medios de conocimiento.

En el Acta de la comisión redactora constitucional creada por el Acto legislativo 03 de 2002,²³ el doctor Alfonso Ortiz Rodríguez, asesor de la Fiscalía General de la Nación, señaló: «[...] *una cosa son los medios cognoscitivos y otra los medios de prueba, porque los segundos se dan en la etapa de juicio ya que en la investigación no hay pruebas*».

Es por esto que el Código de Procedimiento Penal, para la implementación del sistema acusatorio, se refiere así a los *Medios de conocimiento*.²⁴

²³ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Acta No. 019 Comisión redactora, del 30 de mayo de 2003. Bogotá, Disponible en Internet <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/12.pdf>

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit. Art. 382.

«Son medios de conocimiento en el juicio oral y público, la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, o, cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico».

Dentro de estos medios de conocimiento se introducen como novedad legislativa «*los elementos materiales probatorios y evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico*». Esto indica que los EMP y EF figuran a partir de la Ley 906 de 2004, como dos nuevos medios de conocimiento y que podrán convertirse en medios de prueba en el juicio oral y público bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Nótese que desaparecen los indicios y la confesión como medios de prueba. Es apenas entendible porque se busca eliminar la subjetividad que acompaña las decisiones de los funcionarios judiciales que mucho daño han causado a personas inocentes, pues la subjetividad hace que se acuda al indicio al no demostrarse con otro medio de prueba la certeza de la ocurrencia de la conducta delictiva y ante todo la relación directa entre la conducta desplegada y la participación del imputado o sindicado en su realización.

Algunos doctrinantes han quedado perplejos ante la eliminación del indicio como medio de prueba incluso algunos piensan que todavía está vigente, por cuanto este, deberá atender la función de ser elemento de conexión con todos los medios de conocimiento para descubrir la verdad de lo acontecido.

El indicio desapareció como medio de prueba y como medio de conocimiento, una cosa es tener al indicio como medio de conocimiento y otra es utilizar al indicio como reflexión lógica de los medios de conocimiento para relacionarlos y llevarle la convicción al juzgador, más allá de toda duda razonable. Miremos algunas razones.

El doctor Gustavo Morales Marín²⁵ explica por qué el indicio no debe ser considerado medio de conocimiento o medio de prueba, él señala «[...] *si analizamos razonadamente esos medios, comprendemos que la inspección es percepción del funcionario, que la peritación es percepción del perito, que el testimonio es percepción del testigo... el documento contiene lo percibido por el autor del mismo*».

Si seguimos analizando los nuevos *medios de conocimiento* introducidos en la Ley 906 de 2004,²⁶ podemos deducir que los *Elementos Materiales Pro-*

²⁵ MORALES MARÍN, Gustavo. «Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica», 1ª Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, p. 120.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit. Art. 382.

batorios (EMP) y las Evidencias Físicas (EF) son objeto de percepción para las partes e intervinientes en el proceso penal, es decir, la percepción es un proceso de adquirir el conocimiento por medio de los sentidos; es por esto que el indicio no puede considerarse en adelante como medio de conocimiento ni como medio de prueba, porque es realmente un proceso de abstracción y análisis de los medios de conocimiento o de prueba. Es decir, mediante el indicio no se recibe información directa por medio de los sentidos sobre la ocurrencia de un hecho o fenómeno como sí puede hacerse con los otros medios tales como la peritación, la inspección o el testimonio. Estos son procesos mediante los cuales una persona conoce o percibe una información que luego exterioriza con las formalidades legales que cada medio de conocimiento trae.

Veamos los medios de conocimiento que trae la ley procesal penal colombiana:

El Art. 382 del C.P.P.²⁷ al referirse a medios de conocimiento, engloba en un solo artículo, tanto elementos materiales probatorios, evidencia física, con las llamadas pruebas testimonial, pericial, documental y de inspección judicial, se cree que ello obedece a una falta de técnica legislativa,²⁸ pues, si el legislador quiso que por pruebas se entendieran solo aquellas practicadas en el juicio oral, pues es allí donde adquieren tal naturaleza, confunde entonces, la fuente de las mismas con la prueba en sí misma considerada, por ello, designar como pruebas a los elementos materiales probatorios o evidencias físicas, es confundir su naturaleza misma, pues un elemento material probatorio y una evidencia física que ha sufrido el rigor de la publicidad, contradicción e inmediatez en el juicio oral, se transforman en pruebas y dejan de ser medios de conocimiento o más específicamente, dejan de ser elementos materiales probatorios y evidencia física.

Si una evidencia física no se ha practicado en el juicio oral, no puede ser tenida como prueba, será tan solo, un medio de conocimiento o un EMP o EF, etc. Se llamarán pruebas cuando adquieran tal condición en el juicio oral, así lo establece el Art. 379 C.P.P.,²⁹ al hablar del principio connatural al sistema acusatorio penal, de la inmediatez.

Es importante diferenciar el debate probatorio que se puede dar en las audiencias preliminares, por ejemplo para la imposición de una medida de

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit

²⁸ GÓMEZ O. José Alejandro. Nuevo sistema Penal Acusatorio Colombiano. Medellín. Señal Editora. 2008. Citando a SILVA MELERO en su obra La Prueba Procesal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 58.

²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit.

aseguramiento, donde para lo que se convoca es para la acreditación de los requisitos del Artículo 308 y no para determinar la responsabilidad del acusado, cuyo estadio procesal corresponde únicamente a la audiencia del juicio oral, esto es, ante el juez de conocimiento.

Lo anterior quiere decir, por ejemplo, que si en una audiencia preliminar se recibe el testimonio de un agente de la policía que efectuó la captura, ese testimonio no se convierte en prueba, pues se convertirá en tal, en la audiencia de juicio oral, excepto la prueba anticipada.

Esto permite concluir que, mientras el Juez de Control de Garantías toma sus decisiones con base en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente allegada, la cual es presentada por las partes, al juez de conocimiento, toma sus decisiones, como por ejemplo la sentencia, solo en pruebas practicadas en su presencia (inmediación).

Para corroborar esta aseveración, la Corte Constitucional³⁰ señaló acertadamente que en el nuevo Sistema Penal «[...] se abandonó el principio de permanencia de la prueba y se acogió el de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales».

En otra sentencia la misma Corporación³¹ señala:

[...] en el sistema actual se establece una fase de indagación e investigación cuyo propósito es el de recaudar elementos materiales probatorios orientados a establecer la existencia de la conducta punible, y los presupuestos que permitan sostener una imputación y posteriormente una acusación. Aunque en esta fase de indagación e investigación, no se practican «pruebas» en sentido formal, sí se recaudan importantes elementos materiales de prueba relacionados con el hecho y la responsabilidad del imputado o acusado, que deberán ser refrendados en la fase del juicio.

Antes de pasar a analizar cada medio de conocimiento, es dable concluir que el Juez de Control de Garantías, toma sus decisiones en las audiencias preliminares con base en los EMP y EF o información legalmente allegada, la cual es presentada por las partes, mientras que el juez de conocimiento, toma sus decisiones, como es la sentencia, solo en pruebas practicadas en su presencia.

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005, Magistrada Ponente. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en Internet <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>

³¹ Ibid. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en Internet <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>

1. Prueba testimonial

La prueba más común e importante en el Sistema Probatorio es el testimonio. Con la vigencia del nuevo sistema de los principios de inmediación, contradicción y concentración, el testimonio escrito o de referencia ya no son la regla sino la excepción, precisamente por limitar el derecho de contradicción, de confrontación y el derecho fundamental de defensa.³²

Toda persona está obligada a rendir testimonio, bajo juramento, salvo las excepciones constitucionales y legales. Esta obligación está acompañada de medidas compulsivas: En caso de que el testigo se niegue a concurrir, este será aprehendido y conducido a la sala de audiencia;³³ si es renuente a declarar se le castiga con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, y si persiste en su negativa, se le procesa³⁴ y si su comportamiento afecta el orden y la marcha de los procedimientos, puede ser sancionado por desacato por el juez.³⁵

El testigo únicamente puede declarar sobre los hechos que percibió, observó o experimentó en forma directa y personal (Art. 402 C.P.P.). Es el conocimiento de primera mano. El conocimiento personal requiere de fundamentación antes de que el testigo exponga los hechos que percibió o experimentó.

Con esta parte del testimonio se acredita el conocimiento personal del testigo. Si se discute la distancia, visibilidad, o condiciones de percepción, podría ahondarse en la fundamentación.

La presentación del testimonio en el juicio oral se da a través del interrogatorio del testigo y el ejercicio del derecho de confrontación, se logra con el contra interrogatorio.³⁶

Mientras el contra interrogatorio busca refutar lo que el testigo ha declarado o resalta sus imprecisiones o inconsistencias, la impugnación de testigos se dirige a desacreditar al testigo como una fuente confiable de información.³⁷ La impugnación se realiza de todos modos dentro del contra interrogatorio. El artículo 403³⁸ describe seis aspectos sobre los cuales se puede impugnar el testimonio.

³² MÓDULO IV PARA DEFENSORES PÚBLICOS. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. USAID y COLOMBIA Bogotá. Defensoría del Pueblo. 2005. p 29.

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 384.

³⁴ *Ibíd.*, Art. 385.

³⁵ *Ibíd.*, Art. 10.

³⁶ MÓDULO IV PARA DEFENSORES PÚBLICOS. Op. cit. p. 29.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit. Art. 403.

³⁸ *Ibíd.*

El testigo experto es quien va a rendir su testimonio para soportar el informe pericial que sustentará en el juicio oral ante el juez de conocimiento. Este testigo se le juramenta como perito, quien responde al interrogatorio de la parte que lo solicitó, e igualmente responde al conainterrogatorio de la parte adversa.

Antes de la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio colombiano, estábamos acostumbrados a presentar testigos directos e indirectos de los hechos o acontecimientos relevantes penalmente. Ahora, con el Sistema Acusatorio, es común encontrar como testigos a toda persona que ha entrado en contacto o ha tenido alguna relación con la evidencia física, pues rinde su testimonio precisamente de esa relación con la evidencia, bien se trate de su manejo o si realizó alguna experticia sobre ella.

En este sistema, tanto el investigador de la Fiscalía como el de la defensa, pueden ser citados como testigos en el juicio oral. Es decir, que su conocimiento del caso es una de las herramientas del fiscal para demostrar la responsabilidad del acusado o de la defensa para demostrar la inocencia o soportar su estrategia defensiva.

Esta condición de investigador-testigo en el juicio oral, es una de las novedades más importantes del nuevo sistema para la Policía Judicial y el investigador de la defensa.

De su testimonio veraz, claro y preciso depende el reconocimiento y aceptación de los elementos materiales probatorios y evidencia física como pruebas por parte del juez de conocimiento.

Lo anterior implica que estos funcionarios son los responsables de identificar, recoger, embalar técnicamente y someter a cadena de custodia dichos elementos, con el fin de preservar la evidencia física como elemento fundamental para lograr el éxito de la investigación.³⁹

2. Prueba pericial

Es el medio al cual debe recurrir el funcionario judicial cuando sea necesario dilucidar, en el proceso, cuestiones de índole científica, técnica o artística.

*Florián*⁴⁰ lo define como «[...]el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica».

³⁹COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Disponible en Internet <http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Semanario/sem4.htm>

⁴⁰ FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales. Bogotá. Editorial Temis. Tomo II, cuarta reimpresión de la Tercera Edición. 2002. p. 351.

*Framarino*⁴¹ lo clasifica como una modalidad de la prueba testimonial y por ello lo define como «[...] *el testimonio acerca de hechos científicos y técnicos, de sus relaciones y consecuencias*».

De otra parte, se puede definir la prueba pericial como la valoración objetiva, sistemática y racional que efectúa el funcionario judicial al dictamen pericial.

La objetividad asegura que lo descrito corresponde al objeto observado y no como nosotros desearíamos fuese. La sistematicidad hace referencia a la organización, el orden, la clasificación de ideas y la relacionabilidad de un dato con otro. La racionalidad utiliza como instrumento esencial la razón. El pensamiento mágico, religioso y la suerte, son reemplazados por el concepto, el juicio y el razonamiento.⁴²

El objeto de este medio de prueba son los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recolectados en la escena de los hechos, para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter científico, técnico o artístico.

Esos elementos materiales probatorios y evidencias físicas pueden ser huellas, fluidos corporales o cualquier elemento de prueba producto del intercambio entre el sujeto activo y pasivo en la escena de los hechos y con fundamento en los cuales se puede descubrir su existencia, modalidades, circunstancias, autores y partícipes.

Un cambio significativo respecto al manejo del objeto de la prueba pericial se introduce en el Nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, puesto que la búsqueda, recolección, preservación, almacenamiento y transporte de esos elementos materiales probatorios y evidencia física ya no recaen exclusivamente en la policía judicial, sino, que también pueden ser manejados por la persona a quien se le impute o se le esté investigando como autor de la conducta punible.

3. Prueba documental

Proviene del latín *documentum*. El diccionario de la Real Academia⁴³ en una de sus acepciones lo define como: «*Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo*».

⁴¹ FRAMARINO, Tomo II, Op. Cit., p. 322

⁴² SÁNCHEZ PRADA, María Dolores y MORA IZQUIERDO Ricardo, Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XXII-XXII No. 73. Bogotá D.C. 2002, p. 174.

⁴³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima. Primera Edición. Tomo I. España 2000. p. 770

El medio de conocimiento de índole documental está constituido por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas de información, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar o análogo a estos.⁴⁴

Así como la evidencia física guarda valor por lo que esta *es*, y se percibe a través de los sentidos, la evidencia documental es valorada y admitida en razón de lo que ella *dice*. La evidencia documental tiene significado jurídico intrínseco por haber sido creada y tener la capacidad de probar eventos pasados, de una manera que el testimonio no puede hacerlo.

El Código de Procedimiento Penal⁴⁵ define qué es un documento auténtico y determina unos casos específicos de documentos que presume auténticos. Señala esta norma adjetiva que auténtico es todo documento del que se tiene certeza sobre la persona que lo elaboró o produjo por cualquier procedimiento. Se presumen igualmente auténticos, salvo prueba en contrario la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los documentos reconocidos notarial o judicialmente, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales y los documentos o instrumentos públicos, los títulos-valores, los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los documentos de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o simple autenticación, las etiquetas comerciales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, y todo documento de aceptación general de la comunidad. El artículo 426⁴⁶ establece cuatro métodos de autenticación de documentos:

- Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.
- Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce
- Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
- Mediante informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el art. 424

La regla de la *mejor evidencia* no puede ser confundida como una regla de la *única evidencia*. Para comprobar lo que dice un escrito la mejor evidencia es el original del mismo documento;⁴⁷ *«pero nada obsta para que lo dicho en*

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 424.

⁴⁵ *Ibíd.* Art. 425

⁴⁶ *Ibíd.* Art. 426

⁴⁷ *Ibíd.*, Art. 433.

*ese escrito pueda demostrarse a través de otros medios, como fotocopias, fotografías o por vía testimonial».*⁴⁸

La regla de la *mejor evidencia* no es absoluta. En el Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*) las excepciones están contenidas en el artículo 434; y aplica para documentos públicos, duplicados auténticos, aquellos cuyo original se hubiere extraviado o esté en poder de uno de los intervinientes, documentos voluminosos de los que no se requiere sino una fracción; e inclusive las partes pueden estipular que no es necesario presentar el documento original.⁴⁹

En un sistema adversarial, cuando ha mediado un proceso de descubrimiento probatorio normal, de modo que la parte contra la cual se aduce el documento lo conoce con suficiente antelación, el silencio respecto de la presentación de copia en lugar del documento original, puede tomarse como aceptación de la copia del mismo para el trámite procesal (y no necesariamente de su contenido como fuente de verdad).⁵⁰

4. Inspección judicial

El término inspección proviene del latín *inspectio oris*. El Diccionario de la Real Academia⁵¹ en una de sus acepciones define la inspección como: «*Examen que hace el juez por sí mismo, y en ocasiones con asistencia de los interesados y de peritos o testigos, de un lugar o de una cosa, para hacer constar en acta o diligencia los resultados de sus observaciones*».

Eugenio Florián⁵² define la inspección como el acto procesal mediante el cual el juez observa, aprehende y percibe en cualquier forma y por sí mismo, determinado objeto sensible (persona u objeto material) o determinada característica de ese objeto.

La inspección judicial, aunque también se llame ocular, puede realizarla el juez utilizando todos sus sentidos. El significado literal no corresponde ya al concepto etimológico originario de esa palabra: El maestro Parra Quijano⁵³ la define como la percepción misma del hecho a probar por el juez, llamada inspección, acceso, reconocimiento o comprobación judicial.

⁴⁸ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

⁴⁹ *Ibíd*

⁵⁰ *Ibíd*

⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op cit. p. 1174

⁵² FLORIÁN, Op. Cit. p. 506.

⁵³ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima Edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1999. p 389.

Por su parte, Arenas Salazar,⁵⁴ puntualiza la inspección como la observación, el examen o el reconocimiento de algo de interés en un proceso, que hace el funcionario judicial en forma personal y directa dentro de una diligencia procesal legalmente regulada.

El Código de Procedimiento Penal colombiano⁵⁵ establece que el juez excepcionalmente podrá ordenar la realización de una inspección judicial fuera del recinto de la audiencia cuando, previa solicitud de la Fiscalía o la defensa, estime necesaria su práctica dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física, o cualquier otra evidencia demostrativa de la manera cómo ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento.

5. Elementos materiales probatorios y evidencias físicas

Tal como quedó señalado anteriormente, el Acto Legislativo 03 de 2002, no mencionó la Evidencia Física (EF), solo mencionó el manejo de los Elementos Materiales Probatorios (EMP).

Pero se preguntarán y ¿qué importancia tienen estos dos conceptos? ¿Acaso el concepto de evidencia física no es el mismo que el de elemento material probatorio? La respuesta es que son conceptos diferentes. Aquí, para diferenciarlos, tenemos necesariamente que «desaprender» el concepto que de ellos teníamos con anterioridad a la promulgación de la Ley 906 de 2004, y volver a aprender esos nuevos significados, que muy sabiamente nos enseñaron el doctor Ricardo Mora Izquierdo y la doctora María Dolores Sánchez Prada, ex -servidores públicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Ellos indirectamente introdujeron en el Congreso de la República la diferenciación que corresponde y que se contrapone a los conceptos que se tenían de los EMP y EF.

La denominación «*elemento material probatorio*» no es técnicamente adecuada, pues es una expresión limitante y excluyente por los siguientes motivos:⁵⁶ La expresión «*elemento material probatorio*» solo cobra vida cuando el investigador posee una hipótesis que requiere ser probada, condición que no se presenta al momento de realizar la temprana observación e inspección del lugar.

⁵⁴ ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p. 254.

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 435.

⁵⁶ Propuesta de modificación y mejoramiento de varios artículos contenidos en el proyecto de Ley No. 01 de 2003 por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal presentado por los Doctores María Dolores Sánchez Prada y Ricardo Mora Izquierdo.

En cambio, la expresión «*evidencia física*», definida como cualquier elemento tangible que se transfiere durante la comisión de un delito y permite objetivar las observaciones del investigador y además basar en ellas las posibles hipótesis, no solo es una denominación moderna, sino que amplía el espectro de recolección y preservación de aquellos elementos útiles para realizar la reconstrucción del hecho.

El manejo inadecuado del lenguaje puede hacer que se ignore o dificulte el uso de estos elementos, simplemente, porque no prestan la utilidad como pruebas, o lo que es aun peor, se desprecia en la escena aquello que no parezca una prueba.

El lenguaje internacional de la criminalística reserva la expresión *Evidencia Física*, para referirse a los elementos que soportan y respaldan las conjeturas y las hipótesis de trabajo del investigador y reservan la denominación de *prueba*, para usarla en la etapa del juicio como medio para demostrar que la teoría del caso que exponen ante el juez es cierta y verificable.⁵⁷

De lo anterior surgió la propuesta de agregar en el hoy artículo 275 del C.P.P. y en todos en los que se menciona el término «*elemento material probatorio*», la expresión «y evidencia física».

Lo importante era dejar el término «*evidencia física*» dentro del Código de Procedimiento Penal, pues muy seguramente más adelante ante los cambios permanentes de nuestra legislación penal solo bastará un pupitrazo para dejar solamente el término evidencia física y reemplazar el mal utilizado «*elementos materiales probatorios*».

Era muy complicado ya, a postrimerías de terminarse el plazo constitucional de aprobar el Código de Procedimiento Penal, pretender reemplazar el término EMP por el de EF, pues era una carrera maratónica y ambiciosa⁵⁸ a este importante cambio que se logró gracias a personas que se preocupan por la claridad en la conceptualización como característica del pensamiento científico y que no debe estar alejada de nuestra legislación penal, sobre todo en este Código de Procedimiento Penal que exige marcadamente muchas otras características de dicho pensamiento científico.

La Ley 906 de 2004⁵⁹ trae una relación de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Si no hubiéramos presentado la importante diferencia entre estos dos conceptos, podríamos afirmar a simple vista que el listado que

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Recuérdese que el término «elemento material probatorio» lo contempla el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó tres (3) artículos de la Constitución Política de Colombia.

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 275.

trae la norma, conllevaría a deducir que esos conceptos (EMP y EF) son sinónimos, pero, por supuesto que la diferencia radica precisamente en la valoración o relación que de la evidencia física podamos señalar o que a partir de ella podamos objetivar una observación.

Es decir, será evidencia si de ese elemento no tenemos la certeza que tiene relación con los hechos investigados y será elemento material probatorio si dicho elemento tiene relación con los hechos investigados, con el escenario o con la víctima o con el autor de la conducta punible.

Lo anterior significa que si en el lugar de los hechos se recolecta una mancha y esta después de algunos análisis de orientación y probabilidad se establece que es sangre y que es de la víctima, entonces, esa mancha se convertirá en elemento material probatorio en el debate público y oral, pero si por el contrario, cuando se recoge la mancha y no se sabe si es sangre o no, o si no se sabe si es sangre humana o de animal y no puede determinarse a quién corresponde si a la víctima o al victimario, entonces esa mancha será catalogada como una evidencia física.



CAPÍTULO III

EMP Y EF COMO MEDIOS DE CONOCIMIENTO

Con anterioridad se expusieron las razones por las cuales los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, por primera vez, se les incluyó en la legislación procesal penal de la Ley 906 de 2004, ya no como medios de prueba, sino como medios de conocimiento.

Para el doctrinante Cuello Iriarte,⁶⁰ el conocimiento es una actividad que demanda un proceso y una técnica de comprobación o verificación. Esto es, un procedimiento que permite la descripción, el cálculo o la previsión controlable del objeto que se conoce por el sujeto que está conociendo, ya sea tanto con la participación de un órgano de los sentidos como con la de sofisticados instrumentos de cálculo.

No solamente las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios se consideran hoy en el Sistema Acusatorio colombiano medios de conocimiento, sino también los más tradicionales medios de prueba tales como el testimonio, los documentos, la prueba pericial y la inspección.

La razón de ser considerados medios de conocimiento radica en que en la investigación, tanto la Fiscalía como la defensa recolectan información por los diferentes medios conocidos ya mencionados y dicha información para que se pueda considerar como medio de prueba requieren su práctica durante el juicio oral bajo la presencia del juez –inmediación- y con el cumplimiento de los demás principios que rigen el sistema acusatorio tales como la contradicción, oralidad, concentración, entre otros.

⁶⁰ CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Bogotá. Editorial Legis. D.C. 2008. p. 41.

1. Conceptualización

El término *Evidencia* proviene del latín *evidentia*,⁶¹ que significa certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar.

El Dr. Jhon Thorton⁶² ha señalado que la evidencia física es cualquier cosa de naturaleza o carácter físico. Esta puede asociar a un criminal con la escena del delito, si la persona ha tocado algún elemento del lugar del crimen o si ha dejado algo olvidado, o ha tomado algo de dicha escena.

La otra función es permitirles a los investigadores reconstruir lo que ocurrió en el crimen, porque con frecuencia sabemos cuáles fueron las circunstancias. Un ejemplo obvio es cuando se llama a la policía a un sitio o escena del delito, una persona admite haber dado muerte a otra, bajo el condicionamiento de que se efectuó por defensa propia. Con frecuencia pensamos sobre la evidencia física en términos de huellas digitales, sangre, marcas de herramientas, armas de fuego, etc., pero no hay límite al alcance de la evidencia física. Cuando esta se presenta, puede ser tan pequeña que solamente se puede observar con un microscopio.

La evidencia física puede ser tan grande como un edificio o un camión; en un caso esta puede ser tan sutil como un cabello y en otro, puede ser tan agresiva como un cuerpo en descomposición; entonces de vez en cuando, literalmente lo que se refiere a actividades humanas pueden llegar a ser evidencias físicas: Cabello, fibras, manchas de sangre, líquido seminal, proyectiles, drogas, tierra, tinta, papel, algún escrito, pintura, impresiones de zapatos, ruedas de automóvil o vehículo, etc. Puesto que son seres humanos quienes cometen los crímenes, cualquier objeto físico que tiene que ver con el comportamiento y las actividades humanas, puede ser en un momento, evidencia física, o contribuir a ello.

La evidencia física produce con frecuencia más confianza que las declaraciones verbales y no mienten sobre el grado de culpabilidad o sospecha de las personas en un crimen; esta no exagera, como a veces lo hacen los testigos, no confunde las cosas, sino más bien las interpreta de la manera cómo ocurrieron; de ahí la importancia de calificar las declaraciones. La palabra *Evidencia* significa «Base objetiva de una observación», de ahí que al término compuesto de «Evidencia Física» se le atribuye entonces el significado de «Elemento tangible que permite objetivar una observación».⁶³

⁶¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Op. Cit.

⁶² THORTON, Jhon. La Evidencia Física. IV Simposio Internacional de Criminalística, (Catedrático de la Universidad de California en Berkeley. Experto en identificación dactiloscópica).

⁶³ SÁNCHEZ PRADA, María Dolores y MORA IZQUIERDO Ricardo, Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XXII-XXII No. 73. Bogotá D.C. 2002, p. 174.

La evidencia física es el conjunto de materiales, objetos y sustancias que proviene de las escenas del caso que se investiga, son de muy diversa naturaleza y distinto origen, sirven para objetivar la observación, y encierran un gran potencial investigativo, porque sirvieron para cometer el hecho, o porque son consecuencia del mismo.⁶⁴

El concepto de «Evidencia Física» cobra, entonces, gran actualidad a la luz de la implementación y la práctica del nuevo sistema acusatorio y se hace necesario un ejercicio de acción, reflexión y aprendizaje al respecto, pues de no ser así, ni el investigador, ni el fiscal, ni el defensor, podrán realizar un trabajo efectivo en la búsqueda de la verdad del hecho.⁶⁵

No podemos confundir entonces evidencia física con elemento material probatorio, ni tampoco confundirlos con el término «prueba». Es decir, mientras la evidencia es cualquier elemento físico o tangible encontrado en la escena de los hechos que nos permite objetivar una observación; el elemento material probatorio es esa evidencia que tiene relación directa con los hechos; mientras que el término prueba, es el proceso de valoración que el juez -en el sistema acusatorio- realiza a los elementos materiales probatorios recolectados en el proceso de investigación y que son presentados y sustentados con todos los requisitos que exige cada medio de conocimiento en la audiencia del juicio oral y público.

2. Importancia

La importancia de la evidencia física está dada por la utilidad que dentro del ámbito de la investigación tiene. La utilidad natural de la evidencia física es la de un eslabón que relaciona o asocia objetos, personas o lugares entre sí.⁶⁶

El terreno del criminalista son las evidencias físicas. Estas pueden ser cualquier cosa y presentarse de formas muy diversas. Se puede encontrar ante evidencias tan pequeñas que solo sean perceptibles a través del microscopio electrónico, o ser tan grandes como un avión. Pueden ser tan sutiles como el soplo de una llama de gas en el escenario de un incendio, o tan obvias como un chorro de sangre en el escenario de un crimen.

⁶⁴ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Bogotá Editores Gráficos Colombia Ltda. 2007. p. 68.

⁶⁵ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. La Autenticidad de la evidencia física a la luz del nuevo Código de procedimiento Penal Colombiano. Conferencia presentada en el X Simposio Internacional de criminalística, Bogotá, Escuela de Policía General Santander, 2002.

⁶⁶ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio Op. cit., p. 17.

Asimismo, el rango de materiales susceptibles de análisis es enorme: pelos, huesos, fibras, sangre, semen y otros fluidos corporales, alcohol, drogas, pintura, cristales, tierra, etcétera.

Hoy por hoy, se puede asegurar que así como un automóvil depende de la gasolina para avanzar, así depende la investigación criminal, de la evidencia física para progresar.⁶⁷

Toda evidencia física es un vínculo potencial entre el crimen y su autor o entre el criminal y la víctima, o entre cada uno de ellos, o de ambos, con el escenario primario del delito.⁶⁸

La Corte Suprema de Justicia⁶⁹ al respecto de la diferenciación entre estos dos conceptos ha sostenido: Por *elementos materiales probatorios* y *evidencia física* el código entiende los relacionados en el artículo 275, y los similares a ellos que hayan sido descubiertos, recogidos y custodiados por la Fiscalía directamente, o por conducto de sus servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente; y los obtenidos por la defensa en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 267, 268, 271 y 272 *ejusdem*.

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de *elemento material probatorio* y *evidencia física*, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener solo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

⁶⁷ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio Op. cit., p. 61: Citando a Saferstein Richard. «Criminalistics, and Introduction to Forensic Science» Prentice Hall, Seventh Edition. 2001, p. 34.

⁶⁸ *Ibíd.* p 61

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso No 29626 Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, de fecha 15 de octubre de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

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 indistinta.

3. Protocolos desarrollados

El manejo de elementos materiales probatorios y evidencias físicas, cada vez cobra más importancia y exigencia, es así como la Ley 906 de 2004, exige taxativamente que «*La Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección*».⁷⁰

Conforme a esta disposición legal, la Fiscalía General de la Nación emitió la Resolución 0-0694 del 18 de febrero de 2005, mediante la cual expidió el Manual de Protocolos del Área de Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación, manual que hace parte integral de dicha Resolución y esta a su vez del referido Artículo 213 del Código de Procedimiento Penal. Esta norma interna de la Fiscalía fue actualizada por la Resolución 0-2738 del 28 de junio de 2005.

El propósito de los protocolos es unificar y estandarizar los métodos de trabajo con los cuales se adelantan las diferentes actividades criminalísticas. Lo que significa que, los expertos criminalistas y forenses deberán ceñirse a las exigencias que establece cada protocolo en cada una de las diferentes disciplinas criminalísticas y ciencias forenses, de lo contrario se verán en dificultades para soportar y sustentar la inclusión de un medio de conocimiento al juicio oral, donde cada perito deberá sustentar bajo testimonio, todo el procedimiento que exige esta reglamentación en el adecuado manejo de la evidencia.

Para mejor comprensión la codificación de los protocolos se realizó en cuatro secciones, separadas por un guión, así: La primera sección: Tres letras que hacen referencia al nombre de la entidad, en este caso Fiscalía General de

⁷⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op.cit, Art. 313 inciso 3.

la Nación. FGN; La segunda Sección, tres letras tomadas de las iniciales de los nombres de los protocolos por ejemplo: Fijación Fotográfica de Elementos FFE y en algunos casos específicos hacen referencia a las iniciales mediante las cuales se facilita el reconocimiento, ejemplo: Amplificación de ADN humano mediante la reacción en cadena de la polimerasa PCR, así: FGN-PCR-PG-03; la tercera sección, dos letras tomadas de las iniciales del nombre del área a la cual pertenecen los protocolos por ejemplo: Protocolo del área de Fotografía PF y finalmente la cuarta sección, dos dígitos, que indican el número del protocolo dentro de un área. Ejemplo: 04, Código: FGN-FFE-PF-04, que significa Fiscalía General de la Nación-Fijación Fotográfica-Protocolo de Fotografía-04.

4. Búsqueda

Antes de proceder a la búsqueda de evidencias, se debe aplicar la metodología sugerida en el lugar del hecho, una vez en el lugar se puede escoger alguno de los métodos que a continuación se explican:

En lugares abiertos se inicia la búsqueda abanicando la mirada de la periferia al centro sin dejar inadvertida ninguna área, en forma espiral o utilizando otro método de observación sugerido hasta llegar al centro del escenario delictivo o viceversa.

En lugares cerrados se inicia el método de búsqueda haciendo la observación en forma paralela de muro a muro, o de la periferia al centro, iniciando por la entrada principal; después se sigue con los muros, muebles, escaleras y se concluye con el techo.

En el importante proceso de búsqueda y localización de evidencia, se debe estar atento a cualquiera de los siguientes factores que normalmente se presentan: La clase de hecho que se trata de esclarecer; la intuición y capacidad de observación del investigador; saber distinguir y eliminar las huellas producidas por personas extrañas al hecho y que se presentaron en el escenario del suceso después de consumado este; hacer constar no solamente las evidencias que se encontraron, sino también las que de acuerdo con la forma del hecho se suponía que deberían estar y no se encontraron; finalmente las evidencias se deben tratar con toda la tecnología y metodología vigentes disponibles para su protección, colección y estudio.⁷¹

⁷¹ www.criminalistica.com.mx y criminalistic.org.

5. Descubrimiento procesal

El *descubrimiento probatorio* consiste en que la Fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan; y anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, con el fin de respaldar su teoría del caso.

Sobre institución procesal del *descubrimiento probatorio*, el tratadista colombiano Guerrero Peralta,⁷² anota lo siguiente: «[...] es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho a la defensa».

La decisión de garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal mediante el instituto del descubrimiento de la prueba responde al reconocimiento de que el aparato estatal cuenta con recursos económicos, técnicos, científicos y operativos mucho mayores de los que podría disponer un particular acusado de incurrir en un ilícito. «La desproporción que en materia investigativa inclina la balanza en contra de la defensa obliga al legislador a garantizar el equilibrio procesal mediante la autorización que se da al procesado para que acceda al material de convicción recaudado por los organismos oficiales».⁷³

En el derecho de los *Estados Unidos de Norteamérica*, el principio de igualdad de armas se concreta en el *discovery*⁷⁴ o diligencia de obtención de información y pruebas. La institución pretende que ninguna de las partes contendientes asista al proceso criminal ignorante de las herramientas que la contraparte tiene para estructurar su estrategia.

La diligencia de *discovery* ha sido definida, en esos términos, como el acto de la defensa destinado a obtener información para ser utilizada en el juicio, y que se concreta a través de una petición de producción de documentos, declaraciones de las partes o de testigos potenciales, interrogatorios escritos, cuestionarios, estudio de la escena del crimen, estudio de peticiones, grabaciones, etc. La defensa, en virtud del *discovery*,⁷⁵ examina antes del jui-

⁷² GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2ª Edición., 2007. p. 292.

⁷³ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 del veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005) M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

⁷⁴ A partir del caso Brady vs. Maryland, la cláusula constitucional del debido proceso obliga al fiscal a revelar a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, así sea favorable al acusado. Ver al respecto, Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Brady vs. Maryland, 373, U.S. 83 (1963).

⁷⁵ *Ibíd.*

cio los hechos y los documentos en posesión del oponente, con el fin de preparar la estrategia defensiva.

La tesis general que sustenta la garantía del *discovery* sugiere que todas las partes en el proceso deben ir al juicio con el mayor conocimiento posible del caso y que ninguna de las partes está autorizada para guardar secretos a la parte contendiente, a menos que el secreto constituya la garantía del derecho a la no auto incriminación. En últimas, para utilizar la terminología del litigio criminal del proceso *anglosajón*, el *discovery* está diseñado para evitar la «*emboscada probatoria*».

Del mismo modo, por ejemplo, en el derecho *puertorriqueño*, el instituto del descubrimiento de la prueba es considerado como una garantía consustancial al derecho de defensa del acusado, en la medida en que la jurisdicción de ese país reconoce que hace parte del derecho a producir evidencias exculpatorias, es decir, que desmienten la pretensión acusatoria del acusador.

Algunos códigos centroamericanos presentan figuras similares. Así, por ejemplo, cuando el Código Procesal Penal de Costa Rica dispone que «[...] cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio, no tendrá valor alguno, salvo que las partes y el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación» (334 in fine CPPCR), mientras que el de El Salvador señala que «[...] todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación» (330 in fine CPPEs), se está queriendo indicar que en aquellos sistemas también quedan proscritos del proceso y no pueden tenerse por presentados los elementos de convicción que no han sido previamente aducidos al proceso y conocidos oportunamente por los contendores.⁷⁶

En Colombia, el descubrimiento probatorio encuentra sustento constitucional en el artículo 250 de la Carta Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, así: «*En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al proceso*».

Acudiendo a una interpretación integral de la Constitución Política, podría decirse también que el Principio General de Igualdad constitucional (art. 13 C.P.) se integra al artículo 29 superior, que consagra los principios fundamen-

⁷⁶ <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2017/gonzal17.htm>

tales del debido proceso, así como al artículo 229 de la Carta, que estructura el acceso de las personas a la administración de justicia, para constituir el derecho constitucional del sindicado a «presentar sus pruebas en igualdad de condiciones» en el proceso, variante de tal garantía reconocida de alguna manera por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.⁷⁷

El sistema procesal penal refleja el compromiso internacional adquirido por Colombia al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – elemento integrante del bloque de constitucionalidad,⁷⁸ - el cual, en su artículo 14, advierte:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal –*fair trial*-⁷⁹, pues, aunque la estructura del proceso está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas.

En sentencia posterior, la Corte Suprema de Justicia⁸⁰ amplió la interpretación para establecer cuándo se da el descubrimiento probatorio, al afirmar que:

[...] como se verá, tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos- que se relacionan primordialmente con el descubrimiento probatorio: i) cuando el Fiscal remite al Juez el escrito de acusación con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (artículo 337 *ibíd*); ii) dentro de la audiencia de formulación de acusación (artículo 344 *ibíd*); y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (artículos 356 y 357 *ibíd*).

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1194 de 2005 Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

⁷⁸ *Ibíd*. Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

⁷⁹ STEPHEN A. Saltzburg, Encyclopedia of Crime and Justice. Vol II. Discovery, 1984. Vol II P 617-623, citado por «Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal», Oscar Julián Guerrero Peralta, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 282

⁸⁰ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 25920 de 2007. Op.cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>.

CAPÍTULO IV

MANEJO DE EMP Y EF

Se utilizará el término «*manejo*», para describir el procedimiento de dirección encaminado al adecuado tratamiento del elemento material probatorio y evidencia física, desde la aplicación de los métodos de búsqueda hasta el proceso de almacenamiento de los mismos.

Estos elementos y evidencias serán legales,⁸¹ si en el proceso de obtención, se ha observado lo prescrito en la Constitución Política de Colombia. Esto es, entre otros, el numeral tercero del Art. 250 que señala: «*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción*».

De otra parte se puede extractar de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, también conocidas como reglas de Mallorca y que hacen parte del bloque de constitucionalidad que:

Las pruebas obtenidas mediante la trasgresión de los derechos consagrados en las reglas octava y novena no podrán ser utilizadas en el proceso.⁸² Las pruebas obtenidas mediante la violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso.⁸³ Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado.⁸⁴ La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes.⁸⁵

Los elementos materiales probatorios y evidencias físicas serán auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de la cadena de custodia.⁸⁶

⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 276.

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Reglas de Mallorca. Regla décima.

⁸³ *Ibíd.*, Regla décima tercera.

⁸⁴ *Ibíd.*, Regla vigésima tercera.

⁸⁵ *Ibíd.*, Regla Trigésima.

⁸⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 277.

Lo anterior significa que el manejo de elementos materiales probatorios y evidencia física no es un procedimiento sencillo, deben concurrir una serie de requisitos de índole legal, constitucional, técnico y científico para que ese elemento o evidencia sirva como material de prueba, es decir, se pueda utilizar para probar un suceso o acontecimiento. El perito encargado del manejo de estos elementos, aparte de los anteriores requisitos, debe observar con detenimiento los procedimientos estandarizados para cada uno de ellos, los protocolos señalados, en cuyo cumplimiento radica la legalidad, autenticidad y aceptación por parte del juez del elemento material probatorio y evidencia física en el proceso penal.

1. Condiciones

La obra *La Evidencia Física*,⁸⁷ refiere que las evidencias físicas recolectadas en el sitio de los hechos deben reunir ciertas condiciones con el fin de que sean aptas para ser analizadas. Estableciendo que NO se debe enviar al laboratorio: material insuficiente, material inadecuado, material contaminado, material deteriorado, material destruido, ni evidencias físicas con información escasa que no permita determinar con exactitud la experticia solicitada, ni la evidencia física que no esté individualizada correctamente y por lo tanto no está garantizada la cadena de custodia.

2. Reglas

2.1. Pertinencia

Cualidad de tener algunas tendencias razonables para probar cualquier hecho material. Debe estar relacionada con el caso y limitado al punto por esclarecer. Algunos casos de evidencias consideradas pertinentes y por lo tanto admisibles son: móvil del crimen; habilidad del acusado; oportunidad; injurias y amenazas lanzadas por el acusado; medios para cometerlos y evidencias físicas encontradas en el lugar de los hechos que lo relacionan, conductas y comentarios durante el arresto; intento de ocultamiento de su identidad; intento de destruir las evidencias; confesiones válidas.⁸⁸

⁸⁷ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores Op. cit., p. 136 y ss

⁸⁸ ESTADO ASOCIADO DE PUERTO RICO. Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia (9 de febrero de 1979).

2.2. Validez y Competencia

La validez es la cualidad de ser suficientemente adecuada confiable y pertinente al caso y que la presenta un testigo capaz y competente. La competencia del testigo hace referencia a que la evidencia no es válida cuando el testigo no ha sido calificado para dar su opinión. Es importante la credibilidad.⁸⁹

2.3. Materialidad o Substanciación de la Evidencia

Requiere que la evidencia sea pertinente al caso y substancial al asunto que disputa o que tenga influencia legítima y efectiva en la decisión en el caso.

3. Principios

La criminalística y las ciencias forenses han basado su estudio científico amparado en algunos principios que le han dado la orientación en su proceso de búsqueda, recolección, embalaje, transporte, almacenaje y análisis de la evidencia, consideramos que estos principios criminalísticos tienen idéntica correlación con los principios de las evidencias, estos principios según Walton y Zhang (2013), son los siguientes:

3.1. Principio de uso

Es la utilización de diferentes elementos u objetos para la realización de una conducta; estos agentes pueden ser mecánicos, químicos, físicos y biológicos.

3.2. Principio de producción

En la ubicación de dichos agentes siempre se producen indicios materiales en gran variedad morfológica y estructural y representa elementos reconstructores e identificadores.

3.3. Principio de intercambio de Lockard

Uno de los considerados padres de la Criminalística, Edmond Lockard, explicaba que el principio del intercambio se basa en la siguiente teoría: *«cada vez que dos cosas entran en contacto, existe siempre una transferencia de material de una cosa a la otra»*.

El victimario siempre deja y se lleva algún elemento, ya sea de origen biológico, químico o físico del lugar de los hechos, en muchos casos es notable la cantidad de elementos materiales y evidencias físicas que pueden llegar

⁸⁹ *Ibíd*

a ser transferidos como consecuencia de la interacción inevitable entre la víctima, el victimario, el sitio del suceso y el medio de comisión del delito, como por ejemplo: En los delitos de homicidio y violación pueden transferirse, fluidos corporales como sangre y semen, células epiteliales, apéndices pilosos, fibras, rastros de tierra o polvo, fragmentos de vidrio, etcétera.

3.4. Principio de correspondencia de características

Este principio señala que, cuando se produce un contacto entre dos cuerpos «A» y «B», y sobre este último se generan huellas producto de dicha interacción, las marcas dejadas sobre el cuerpo «B» pueden llegar a permitir la identificación, así como inferir la forma del cuerpo u objeto «A», así como la trayectoria y mecanismo como se originaron dichas marcas o huellas, tomando en cuenta la relación de correspondencia que existe entre las características de las huellas dejadas y el cuerpo o instrumento que las produce.⁹⁰

El profesor y ex director del Laboratorio de Identificación Judicial de París, Pierre Fernand Ceccaldi, plantea que *«La similitud en este principio es de orden cualitativo y se halla en la base de la búsqueda o investigación esencial: Si los efectos son parecidos cuando proceden de una misma causa, es preciso recurrir al juego de las comparaciones y los detalles significativos en los efectos para que esta similitud conduzca a la identificación de la causa común»*.

Todo estudio aplicando las técnicas criminalísticas y ciencias forenses, se basa en la comparación de un elemento dubitado (Elemento recogido en el lugar de los hechos, que ofrece duda acerca de su procedencia), con un elemento indubitado (patrón o elemento con el que se compara el elemento dubitado, del cual se conoce su procedencia).

El resultado de esas comparaciones se plasma en el informe que elabora el perito, el cual deberá sustentar ante el juez de conocimiento, para su incorporación al juicio oral y público.

3.5. Principio de probabilidad

Este principio se basa fundamentalmente en la probabilidad estadística, particularmente en el número de características observadas durante un estudio comparativo de muestras, de tal manera que, a mayor número de peculiaridades percibidas y analizadas, mayor será el nivel de certeza en la que se pueda

⁹⁰ Rodríguez Ugas Víctor E. Sub-Comisario Departamento de Microanálisis. victorrodrig@hotmail.com

diferenciar el origen de las muestras o en el que no se pueda diferenciar el origen de las mismas.⁹¹ En este caso Ceccaldi destaca que «*La probabilidad es principalmente de orden cuantitativo y domina el problema del paso de la similitud de los efectos a la identidad de las causas. Ofrece varios grados de resultado de los que sólo el último será el verdadero*».

Los resultados de un hecho pueden calcularse con base en experiencias de resultados de hechos similares. La probabilidad se aplica en muchas técnicas criminalísticas y forenses, por ejemplo los resultados de ADN se basan en probabilidad, igualmente los resultados en las pruebas de absorción atómica para determinar sustancias compatibles con los componentes de residuos de disparo, las técnicas que arroja el cromatógrafo de gases en las técnicas para establecer la presencia de cocaína, entre otras técnicas.

3.6. Principio de reconstrucción de los hechos o los fenómenos

En muchos casos los hechos no pueden ser explicados, analizados o evaluados en su verdadera esencia sino a través de su reconstrucción o recreación experimental en condiciones de control.

En la búsqueda de la verdad, los criminalistas han de recurrir muy frecuentemente a este principio para poder comprobar la veracidad de las hipótesis planteadas, verificar informaciones aportadas por testigos y principalmente para obtener toda la información posible de las evidencias físicas que requieran un tratamiento especial.⁹² En un caso específico, ante la localización de un cadáver dentro de un vehículo cuyos cauchos delanteros presentaban orificios producidos por proyectiles disparados por arma de fuego, y ante la evidencia que indicaba que esos cauchos habían sido rodados un largo trecho luego de haber sido perforados, se solicitó un análisis exhaustivo de los mismos para determinar qué distancia habían recorrido en esas condiciones.

Una vez confirmado por la empresa productora de dichos cauchos que la misma no realiza ni registra este tipo de estudios por cuanto no diseña sus productos para ser rodados en tales circunstancias, hubo entonces que plantearse la reconstrucción de este tipo de situación en similares condiciones a las que existían para el momento del hecho.

En esa oportunidad y tomando las precauciones del caso, se procedió a efectuarle disparos a un par de neumáticos con las mismas características, colocados en el vehículo objeto de estudio y mientras este era desplazado por su ruta original, obteniéndose nuevos elementos comparativos, denominados

⁹¹ Ibidem

⁹² Ibidem

estándar de comparación, con los cuales, una vez hechas las interpolaciones correspondientes, se logró determinar el lugar exacto donde se iniciaron los hechos, permitiendo la ubicación de testigos y localizando nuevas evidencias físicas de gran valor para el esclarecimiento del caso.

3.7. Principio de certeza

Este principio está basado fundamentalmente en el hecho de que los principios constitutivos de determinadas ciencias gozan de un grado de certeza, y de mayor aceptación, que los de otras ciencias o disciplinas científicas.

Se sabe por ejemplo, que los principios de las ciencias exactas y de las ciencias naturales son más precisos y gozan de un mayor grado de certeza y aceptación que los principios de las ciencias sociales o de las ciencias normativas.

Es por ello por lo que el que aprecia la pericia debe conocer los principios aplicados y sus grados de exactitud y certeza. Se puede afirmar que la credibilidad en el informe está en proporción directa a la exactitud y certeza de los principios aplicados.

Con fundamento en lo anterior, hemos advertido, reiteradamente, que el jurista que actúe en el sistema acusatorio, debe tener sólida formación en la Historia de las Ciencias y en la Filosofía de las Ciencias.

4. Facultades de Policía Judicial en el manejo de EMP y EF

El Código de Procedimiento Penal⁹³ regula la actividad de Policía Judicial en la indagación e investigación, señalando que quienes reciban denuncias, querrelas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán y embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física.

La Policía Judicial tiene el monopolio en el manejo de la evidencia física desde el momento de la ocurrencia de la conducta punible, para ello dispone de todo el tiempo disponible para el adecuado procesamiento y documentación del lugar del hecho.

⁹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 205.

5. Facultades de la defensa en el manejo de EMP y EF

La Defensa, al igual que la Fiscalía, tendrá las facultades del manejo de la evidencia física, para ello necesariamente tendrá que acudir a investigadores privados para que realicen el adecuado manejo de las evidencias físicas, por cuanto tendrá que acreditar mediante testigos idóneos la incorporación de dichas evidencias en el juicio oral.

El Código de Procedimiento Penal colombiano⁹⁴ establece que: «El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física.

Con la solicitud para que sean examinados y la constancia (de la Fiscalía)⁹⁵ de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo». Esta lectura no deberá interpretarse gramaticalmente, por cuanto el defensor no podrá directamente encargarse del manejo de la evidencia física pues no podría incorporarlas al juicio oral, debido a que tendrá que realizar el interrogatorio directo al testigo que se encargó de la búsqueda, recolección, embalaje y demás actividades con la evidencia física. Tampoco podría el imputado directamente manejar las evidencias físicas, a no ser que tenga pericia suficiente para su adecuado procesamiento.

La Corte Constitucional, en su proceso de ir depurando el Código de Procedimiento Penal, en aras del principio de la igualdad de armas, declaró inexecutable la expresión «*de la Fiscalía*» contenida en el artículo 268 de la Ley 906 de 2004. Asimismo, declaró executable la expresión «[...] *los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo*», contenida en el mismo artículo, en el entendido de que el imputado o su defensor también podrán trasladar los elementos materiales probatorios y evidencia física a cualquier otro laboratorio público o privado, nacional o extranjero, para su respectivo examen.

Igualmente declaró inexecutable la expresión «*certificado por la Fiscalía General de la Nación*», contenida en el numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007.

⁹⁴ *Ibíd.*, Art. 268

⁹⁵ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Entre paréntesis declarado inexecutable mediante Sentencia C-536 del 28 de mayo de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

El término «empírico», que aparece en el mencionado artículo 268, no hace referencia al manejo empírico de la evidencia por parte de la defensa o el imputado, hace referencia solamente a la identificación empírica que se hace de la evidencia recolectada, pues, en nuestro concepto este término sobra, por cuanto el proceso de búsqueda e identificación preliminar de la evidencia, normalmente es empírico, así sea del resorte de la Policía Judicial, porque a la escena se llega normalmente con elementos de búsqueda, recolección, embalaje y transporte de la evidencia física, por lo que el proceso de identificación científica de la misma se realiza normalmente en los laboratorios destinados para tal fin.

Si el manejo de la evidencia, por parte de la defensa o el imputado, fuera empírica, se verían en serios apuros al momento de la valoración, pues dentro de los criterios de valoración que trae la ley Procesal Penal,⁹⁶ señala: «*La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe*».

6. Recolección

El Acto Legislativo 02 de 2003 que desarrolla el sistema acusatorio en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), distingue tres grandes clases de medidas encaminadas al recaudo de elementos materiales probatorios: (i) las que siempre requieren autorización judicial previa (inciso 1 del numeral 3, artículo 250 CP);⁹⁷ (ii) las que no requieren dicha autorización (numeral 2, artículo 250 CP);⁹⁸ y (iii) las que pueden llegar a requerirla, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos constitucionales, puesto que si la

⁹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 273.

⁹⁷ El inciso 1 del numeral 3 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: «En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas».

⁹⁸ El numeral 2 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: «En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez».

medida implica afectación de derechos, la Carta exige autorización judicial previa (numeral 3, artículo 250 CP).⁹⁹

Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y, los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales.

La Corte constitucional¹⁰⁰ ha señalado que «[...] *durante la etapa de indagación como en el curso de la investigación, realmente no se practican pruebas sino que se recaudan evidencias o elementos materiales probatorios, tanto por la Fiscalía como por el imputado*».

Lo anterior tiene fundamento en la Sentencia C-591 de 2005, que realmente fue aclarando muchos aspectos referentes al manejo de la evidencia física en el sistema acusatorio colombiano. Significa además que la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente «pruebas», salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información, tales como huellas, rastros, armas, efectos provenientes del delito, mensajes de datos, entre otros.¹⁰¹

⁹⁹ El numeral 3 del Artículo 250 tal como quedó modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2003, dice: «En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello».

¹⁰⁰ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1260 de 2005. Op.cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹⁰¹ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005

6.1. Recolección EMP y EF que no requieren autorización judicial previa

6.1.1. Inspección en el lugar del hecho. El lugar del hecho es aquel sitio en donde ocurrieron los hechos que se investigan o cualquier sitio en donde haya quedado evidencia física.¹⁰²

Conforme a la anterior definición, el investigador neoyorquino Vernon Geberth,¹⁰³ ha clasificado el lugar del hecho en escena primaria y secundaria. El primer concepto corresponde al lugar donde se ejecutó la conducta que permita su caracterización como delito, es decir, donde se ejecutó la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida.¹⁰⁴ En pocas palabras para Geberth, la escena primaria es «*el sitio en el cual la intención se convierte en acción*».

El segundo concepto, es decir, la escena o escenas secundarias, es aquel lugar que está relacionado con el hecho investigado, pero constituye un nexo de espacialidad más distante o indirecto.¹⁰⁵ Las escenas secundarias pueden ser varias, dependiendo de las evidencias encontradas en dichos lugares. Más adelante me referiré a este tipo de escenas en el tema de inspecciones en lugares distintos al del hecho.

Inspección en el lugar del hecho *es un procedimiento que no requiere autorización judicial previa para su realización. El Código de Procedimiento Penal colombiano*¹⁰⁶ establece que inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo.

El lugar de la inspección y cada EMP y EF descubiertos, antes de ser recogidos, se fijarán mediante fotografía, vídeo o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.

¹⁰² MORA IZQUIERDO, y SÁNCHEZ PRADA. Op. cit. p. 132

¹⁰³ GEBERTH, Bernon J. Practical Homicide Investigación. Tactics, Procedures, and Forensic Techniques. Third Edition. CRC Press. United States of América. 1996.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (julio 24 de 2000). Por medio del cual se expide el Código Penal Colombiano. Art. 26.

¹⁰⁵ MORA IZQUIERDO, y SÁNCHEZ PRADA. Op. cit. p. 133

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento colombiano.

El artículo 213 de la Ley 906 de 2004 establece que el lugar del hecho se examinará minucioso, completo y metódicamente, lo que significa que se deberá aplicar el protocolo diseñado para tal fin, de acuerdo con lo establecido en el mismo artículo en su inciso 3°.

El protocolo diseñado para el lugar del hecho, fue reglamentado por la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 0-0694 del 18 de febrero de 2005, al cual se le asignó el código No. PJH-ITL-PT-17.

A continuación se presenta el esquema y desarrollo de un protocolo, en este caso el de la «inspección en el lugar del hecho», con el propósito de mostrar la rigurosidad que exige este procedimiento en el manejo de evidencias físicas. Del protocolo señalado se puede deducir académicamente el siguiente procedimiento:

Aislamiento y protección. La primera autoridad que llegue al lugar de los hechos es automáticamente responsable de su aislamiento y protección.

- Al llegar al lugar del hecho se deben implementar procedimientos de control
- Determinar la amplitud del lugar
- Actualizar la protección de la escena del crimen según sea necesario
- Establecer una vía única para entrar y salir de la escena del crimen
- Implementar procedimientos para salvaguardar todas las evidencias encontradas.
- Iniciar la inspección del lugar
- No tocar, mover o alterar cualquier cosa en la escena hasta que se haya completado toda la documentación (Observe, describa, registre).
- Registrar cualquier alteración que se haya hecho al lugar como consecuencia de un asunto necesario de investigación o como respuesta policial de emergencia.
- No usar ningún teléfono que esté localizado en el lugar del hecho
- Coordinar las actividades de los investigadores directos en la escena, fijando responsabilidades para llevar a cabo ciertos deberes.
- Implementar procedimientos para proteger la evidencia de daño por el ambiente, por exposición, o por la presencia de personal policial.
- No permitir que nadie fume en el lugar del hecho

- No girar las llaves del agua. No suelte el agua del baño. No use ningún baño de la escena.
- Registrar las condiciones de luces, lámparas, electrodomésticos tales como radios, televisores, relojes, etcétera.
- Iniciar una exploración en el área inmediata asignando suficiente personal para localizar cualquier testigo o personas que pudieran tener información acerca del homicidio o de la muerte.
- Asignar investigadores para que revisen y registren los números de placa de los vehículos en el área inmediata.

Observación. Tiene por objeto hacer algunas reflexiones que permitirán formarse una idea inicial, de lo que sucedió, planteando las medidas que se deben tomar con el fin de reconocer cualquier evidencia que pueda ser de utilidad en la investigación, teniendo presente que hay elementos materiales probatorios que pueden ser descubiertos fácilmente (occisos, armas, proyectiles, manchas de sangre, huellas de pisada, etc.) y otros que no se encuentran si no se buscan cuidadosamente (cabellos, fibras, huellas dactilares latentes, etc.). A propósito, cabe recordar la frase célebre del maestro Edmond Locard: «*Si en el lugar de los hechos no se han encontrado rastros útiles, no es que no existan, si no que no se han sabido buscar*».

Existen varios métodos de observación en el lugar del hecho: Espiral o circular, por franjas, por cuadrículas o rejillas, de punto a punto, entre otros. Antes de aplicar cualquiera de los métodos de observación se debe localizar visual y físicamente la evidencia y determinar cuál elemento debe reunirse antes de que tenga lugar cualquier destrucción o alteración, luego se debe establecer el método de inspección basado en la teoría investigativa, tamaño del área que debe investigarse, y cualquier otro factor, mientras se lleva a cabo esta fase del análisis.

Fijación. La fijación en el lugar del hecho es la forma de conservar una escena para su posterior conocimiento o análisis, al perpetuar con exactitud el aspecto original, lo que permite que otros funcionarios observen lo ocurrido a pesar de no haber estado presentes. Para ello se deben hacer por lo menos los siguientes tipos de fijación: Fijación escrita, fotográfica o en video y topográfica.

Recolección de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Una vez agotados los pasos anteriores, sin que se altere el orden, se debe proceder a la recolección de las evidencias en el lugar del hecho, para ello se debe aplicar el protocolo diseñado para el manejo de cada evidencia, lo que

significa que quien se dedique a esta tarea, deberá ser experto en criminalística de campo, de lo contrario la evidencia procesada se va a ver cuestionada desde el inicio, es decir llevará desde su comienzo ese manto de duda que no podrá ser convalidada ni por la mejor experticia, ni con los más altos niveles de tecnología aplicada.

Embalaje de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. En el procedimiento de empaquetado de la evidencia, se deberá tener especial cuidado de embalar cada elemento por separado, utilizando el material adecuado, evitando contaminaciones con el espacio exterior y mucho menos con el mismo material con que está construido el embalaje.

Envío de elementos materiales probatorios y evidencias físicas al laboratorio. Una vez la evidencia se encuentre embalada el mismo investigador encargado de su manejo, deberá disponer su traslado al laboratorio de criminalística para su correspondiente análisis. Si no se dispone de un horario hábil para tal fin, el investigador deberá llevar el elemento material probatorio a la bodega de evidencias, para lo cual dispone de unos procedimientos estandarizados, los cuales aparecen regulados en el «Manual de Procedimientos de la Bodega de Evidencias», conforme a la Resolución 000435 de diciembre 31 de 2004 de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación.

6.1.2. Inspección al cadáver

El procedimiento de inspección al cadáver no requiere autorización judicial previa para su realización y su práctica se debe realizar conforme al protocolo diseñado por el Código: PJH-ITL-PT-17, establecido en la Resolución 0-0694 del 18 de febrero de 2005, reglamentario del Art. 213 de la Ley 906 de 2004.

6.1.3. Inspecciones en lugares distintos al del hecho

Las inspecciones en lugares distintos al del hecho, son actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización. El Código de Procedimiento Penal¹⁰⁷ establece que «La inspección de cualquier otro lugar, diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo».

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 215.

Un lugar distinto al del hecho también se le denomina escena secundaria, y corresponde a aquel lugar o lugares que también tienen alguna relación con la conducta punible. Es común que el sospechoso del hecho criminal en su huida deje evidencias en su recorrido y precisamente cada lugar donde se encuentren dichas evidencias se les denomina escenas secundarias.

Es de error común creer que el lugar donde se encuentre el cadáver, por ejemplo, corresponda inescindiblemente a la escena primaria, pero si en ese lugar no se ejecutó la conducta punible, sino que a ese lugar se llevó el cuerpo herido o muerto, se tratará el lugar como una escena secundaria, ya que la escena primaria es el lugar donde se realizaron los actos de ejecución de la conducta.

6.1.4. Exhumación

El término exhumación significa desenterrar o sacar de la sepultura un cadáver. Ex significa fuera y Humus-tierra: Esta diligencia es otra de las tantas actuaciones que no requiere autorización judicial previa para su realización, la cual aparece regulada en el Código de Procedimiento Penal colombiano¹⁰⁸ al señalar:

Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La Policía Judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación. Esta actuación de la Policía Judicial, si bien es cierto no requiere autorización judicial previa, es decir autorización del juez, si requiere autorización del fiscal que dirige la investigación. La exhumación del cadáver o los restos requiere de un procedimiento técnico, pues el propósito en este tipo de diligencias es el manejo de evidencias físicas para los fines de la investigación, el cual requiere de unas pericias con el propósito de que las evidencias físicas presentes en el lugar de la exhumación se conserven para un posterior análisis forense.

6.1.5. Registros y allanamientos

El Código de Procedimiento Penal¹⁰⁹ establece que: El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener EMP y EF o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la Policía Judicial.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, Artículo 217

¹⁰⁹ *Ibíd.*, Artículo 219

Esta diligencia no requiere autorización judicial previa del Juez de Control de Garantías, sino un control posterior¹¹⁰ dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento del allanamiento, previa orden del fiscal que dirige la investigación, salvo las excepciones consagradas en la ley.¹¹¹ Esta diligencia tal como lo señala la norma tiene dos propósitos, uno para obtener EMP y EF y otro para realizar la captura.

6.1.6. Retención de correspondencia

El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la Policía Judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que existe información útil para la investigación.¹¹² Esta diligencia que no requiere autorización judicial previa, consiste en el manejo de evidencia física relacionada con la retención de correspondencia de toda índole que tenga relación con la investigación, la cual sigue los criterios análogos a los procedimientos del allanamiento y registro.

6.1.7. Interceptación de comunicaciones

El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similar, las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación.

En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.¹¹³ Esta diligencia no requiere autorización judicial previa del Juez de Control de Garantías, sino un control posterior, pero sí requiere la orden del fiscal que dirige la investigación.

6.1.8. Exámenes de ADN

Cuando la Policía Judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, naturaleza del fluido, el

¹¹⁰ *Ibíd.*, Artículo 237

¹¹¹ *Ibíd.*, Artículo 230

¹¹² *Ibíd.*, Artículo 233

¹¹³ *Ibíd.*, Artículo 235

tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá de orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.¹¹⁴

Este tipo de diligencias no requiere autorización judicial previa, solamente la orden del fiscal que dirige la investigación, pues no se trata de un cotejo de evidencias biológicas con muestras obtenidas al sospechoso dentro de lo que se denomina inspección o registro corporal, pues estas evidencias biológicas sí requieren autorización judicial previa.

6.2. Recolección EMP y EF que requieren autorización judicial previa

Antes de entrar a analizar este tipo de regulaciones en nuestro sistema penal colombiano, se reseñará brevemente la regulación que se ha dado a las inspecciones y registros corporales y a la obtención de muestras íntimas en el Derecho Internacional y el derecho comparado, con el fin de ilustrar la forma como se ha aplicado este juicio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de las medidas de intervención corporal reguladas por el Derecho Procesal Penal.¹¹⁵

6.2.1. Las inspecciones y registros corporales en el derecho comparado.¹¹⁶

Uno de los temas que mayor controversia genera en el Derecho Procesal Penal es el de la práctica coactiva de medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, que impliquen la exploración del cuerpo desnudo, de sus cavidades naturales, o la obtención de muestras corporales tales como saliva, sangre, semen, entre otras.

¹¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., **Art. 245**.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822/10. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-822 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Estos mecanismos, que se denominan genéricamente como:

«Intervenciones corporales»,¹¹⁷ «investigaciones corporales»,¹¹⁸ «registros íntimos»,¹¹⁹ o «inspecciones personales»,¹²⁰ han sido definidos por la doctrina como «medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él».¹²¹

Dentro de este conjunto de medidas también se ha incluido el registro externo del cuerpo de la persona cuando se realiza con el fin de obtener evidencia física relevante para la investigación penal de un hecho delictivo que se encuentra oculta en la indumentaria del individuo.¹²²

Dentro de este conjunto de medidas se encuentra (i) *el registro corporal*, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) *la inspección corporal*, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii) *la obtención de muestras íntimas*, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etcétera.

En cuanto a la práctica misma de la medida existe una tendencia a exigir la intervención de personal médico cuando se trate de la inspección corporal o de la obtención de muestras corporales íntimas, e incluso a ordenar que se realice en un lugar específico.¹²³

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL sentencia T-690 de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹¹⁸ Traducción del término «körperliche Untersuchung», empleado en el §81 St PO alemán

¹¹⁹ Traducción de la expresión «*intimate search*», utilizado en el Police and Criminal Evidence Act – PACE-1984, (secciones 2, 55 y 65), empleado en el Reino Unido, donde también se emplea el término «*intimate sample*» - «*muestras íntimas*», para referirse a la obtención de muestras de sangre, semen, y otras sustancias que puedan extraerse de orificios tales como la boca, el ano, la vagina, etcétera.

¹²⁰ Traducción de las expresiones empleadas en los artículos 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal Italiano.

¹²¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid. Editorial Constitución y Leyes S.A.1990, P 290.

¹²² Este registro se diferencia de la figura de los cacheos o requisas que realizan las autoridades de policía con el fin de prevenir la comisión de delitos.

¹²³ Así se exige en el Police and Criminal Evidence Act 1984, Secciones 55 (4) (5) (6) (7) y (17). En Estados Unidos, en el caso *Schmerber v. California* (384 US 757 (1966)), tanto el procedimiento científico elegido (extracción de sangre) como la forma de llevarlo a cabo debía sujetarse a los requisitos de la Enmienda IV. Ver también *US v Crowder*, (516 US 1057 (1996) en donde se ordenó la práctica de una cirugía en el cuerpo del sospechoso para extraer fragmentos de bala alojados en su cuerpo, con el objeto de identificar las armas de fuego empleadas en el ilícito.

6.2.2. Obtención de muestras íntimas en víctimas de delitos sexuales

En cuanto al tratamiento de las víctimas dentro del proceso penal, varios instrumentos internacionales muestran una tendencia a la adopción de medidas para evitar una segunda victimización y a crear programas y mecanismos de apoyo y orientación a las víctimas del delito. Sin embargo, esa tendencia no cubre la posibilidad de impedir de manera absoluta y en cualquier caso, sin importar la gravedad del delito investigado, la práctica de pruebas ante la oposición de la víctima.

Asimismo, a fin de que se proteja a las víctimas en su dignidad e integridad, se han adoptado, además de requisitos y prohibiciones, recomendaciones y pautas para que, sin dejar de lado el cumplimiento del deber de persecución del Estado, en la práctica de elementos materiales probatorios y recolección de información relevante para el caso se evite causarle nuevos traumas a las víctimas, y las molestias de la investigación respecto de ellas se reduzcan al mínimo posible.¹²⁴

Veamos algunos instrumentos internacionales del Derecho Interno colombiano:

ONU Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

ONU Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

ONU Comisión sobre la Prevención de Delitos sobre la Justicia Penal

Consejo de Europa

Estatuto de la Corte Penal Internacional

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Corte Europea de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el Derecho interno colombiano. La Ley 906 de 2004,¹²⁵ establece la regla general que orienta la práctica de las inspecciones corporales, de los registros personales, de la obtención de muestras que involucren al imputado y

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822/10. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 246.

del procedimiento de reconocimiento y examen físico de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, la integridad corporal o de cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de este tipo de procedimientos.

Todas las medidas previstas en los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, envuelven en sí mismas, la afectación de derechos fundamentales y, por ello, requieren de autorización judicial previa. Esta reserva judicial exige (i) la solicitud expresa del fiscal, o excepcionalmente de la Policía Judicial en circunstancias de *extrema urgencia* y, por supuesto, (ii) la decisión judicial previa, proferida por el Juez de Control de Garantías, para que las medidas puedan ser practicadas.

La Corte Constitucional¹²⁶ ha dicho:

[...] en aras de la claridad ante las diversas interpretaciones mencionadas para garantizar el respeto del principio de reserva judicial, regulado por el artículo 250 de la Carta, en este ámbito probatorio de manera específica es preciso hacer un condicionamiento a los artículos 247, 248, 249 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que todas las medidas en ellos previstas requieren para su realización de autorización judicial previa. Algo semejante se dirá en lo que respecta al artículo 250, pero atendiendo a las especificidades de las hipótesis en él previstas, con miras a evitar una segunda victimización y, además, proteger derechos de enorme trascendencia.

En la Sentencia T-690 de 2004,¹²⁷ la Corte señaló que obligar a los reclusos a desnudarse y adoptar posiciones humillantes e indecorosas para determinar si en sus cavidades se encontraban objetos prohibidos, como drogas o armas, constituía un trato cruel y degradante contrario a la Carta.

De otro lado, la Corte Constitucional ha entendido que las requisas que se practican en los centros de reclusión no comportan registros corporales sobre los cuerpos desnudos de los internos y de sus visitantes, ni sujeción de estos a procedimientos vejatorios, así fuere con el objeto de detectar armas o elementos prohibidos en el uso carcelario; porque si bien los reclusos están sujetos a la restricción de sus derechos - “*a la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión*” -, pueden exigir el pleno respeto de su dignidad e integridad física y moral, al igual que el reconocimiento de su personalidad jurídica y la preservación de sus garantías constitucionales.¹²⁸

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa Sentencia C-822 de 2005. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-690 de 2004. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹²⁸ *Ibíd.*, M P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-702 de 2001. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

No queda duda, entonces, que las requisas visuales o cacheos superficiales, sobre las personas recluidas en los centros penitenciarios y quienes ingresan a los mismos, como también sobre los elementos que unas y otras poseen o pretenden ingresar a los reclusorios están permitidas, y pueden ser practicadas por el personal de guardia, atendiendo los requerimientos de orden y seguridad del penal.

No así las injerencias visuales o por contacto sobre los cuerpos desnudos de internos y visitantes, como tampoco las intervenciones, comprobaciones y registros corporales, en cuanto, como medidas restrictivas de la intimidad corporal, de la libertad personal, de la integridad física, moral y jurídica del afectado, su realización impone la directa y razonable intervención judicial, atendiendo las pautas y lineamientos constitucionales y legales sobre el punto, en aras de garantizar el respeto de los derechos fundamentales que tales procedimientos comprometen. Esto se entiende por el fin mismo de este procedimiento cuando no se trata de la recolección de evidencias físicas, sino, de un procedimiento que atiende la seguridad de dichos establecimientos de reclusión.¹²⁹

6.2.3. Inspección Corporal

Una acepción del diccionario¹³⁰ de la Lengua Española señala que la Inspección es el «Examen que hace el juez por sí mismo, y en ocasiones con asistencia de los interesados y de peritos o testigos, de un lugar o de una cosa, para hacer constar en acta o diligencia los resultados de sus observaciones».

El Código de Procedimiento Penal colombiano¹³¹ no especifica qué es la inspección corporal. Para determinar en qué consiste esta medida, hay que acudir, para empezar, al lenguaje empleado por el legislador en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, para determinar sobre qué recae la medida y qué es lo que se busca con ella, y contrastarlo con el empleado en el artículo 248 del Código. Mientras que en el artículo 247 se emplea la palabra «*inspección*», el artículo 248 utiliza el término «*registro*».

El artículo 247 señala que tal medida tiene por objeto el «*cuerpo*», mientras que en el artículo 248 se habla de «*persona*».

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Ibíd.*, M P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-702 de 2001. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA *Op. cit.*

¹³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, *Op. cit.*, *Art. 247. INSPECCIÓN CORPORAL*.

El artículo 247 expresamente establece que se trata del cuerpo del «*imputado*», mientras que el artículo 248 comprende de manera amplia a «*alguna persona relacionada con la investigación que adelanta*», incluido el imputado.

Ambas medidas tienen como fin buscar «*elementos materiales probatorios y evidencia física*», pero tales elementos deben ser «*necesarios para la investigación*» en el caso del artículo 247, mientras que no hay tal exigencia en el artículo 248.

Este contraste indica, especialmente cuando ambas recaen en el imputado, que se trata de medidas distintas, y que existe entre ellas diferencias en la intensidad de la medida misma y en las exigencias para su realización.¹³²

La expresión «en el cuerpo», indica que la inspección corporal envuelve una exploración del cuerpo del imputado, de sus orificios corporales naturales, de su interior. Ello armoniza con la denominación del procedimiento: se trata de una «inspección», o sea de un «examen» o «reconocimiento» físico del cuerpo del imputado, más allá de la superficie de la piel. Varios elementos permiten tal inferencia. En primer lugar, el empleo de la preposición «en», que a veces se la emplea como sinónimo de la preposición «sobre», pero también suele significar «dentro de».¹³³

En segundo lugar, dado que las intervenciones corporales previstas en los artículos 247 que regula la inspección corporal y 248 –que se refiere al registro personal de la Ley 906 de 2004, pueden recaer sobre el imputado, los términos empleados por el legislador en estas dos normas, indican que se trata de figuras distintas, que tiene objetos de exploración distintos y suponen un grado de intrusión distinto, siendo el registro la figura menos invasiva de las dos. En tercer lugar, según la doctrina y el derecho comparado, el registro corporal supone una revisión de la superficie del cuerpo, mientras que la inspección corporal conlleva, por lo general, entre otros y según los fines de la investigación y las necesidades de la misma, la revisión de los orificios naturales.¹³⁴

El artículo 247 de la Ley 906 de 2004, emplea la expresión «*imputado*», lo cual excluye que esta medida pueda ser practicada en el cuerpo de un tercero, es decir solamente es aplicable al investigado.

Factores que inciden para ordenar su práctica

- La gravedad del delito teniendo en cuenta para ello, la pena prevista,
- El número de víctimas y su vulnerabilidad,
- La importancia del bien jurídico tutelado,

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-822 de 2005. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹³³ *Ibíd*

¹³⁴ *Ibíd*

- El impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal a los responsables de un delito.
- El valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa metodológico de investigación.
- El grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo.
- El tipo de medida cuya autorización se solicita
- La parte del cuerpo sobre la que recae
- El tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etcétera.)
- La profundidad y duración de la inspección
- Los efectos y riesgos para la salud del individuo
- La necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección

Requisitos para la práctica de la inspección corporal:

- Autorización Judicial Previa
- Presencia del defensor
- Personal idóneo
- Consentimiento del imputado

La primera es aquella en la cual la negativa del imputado se funda en circunstancias conocidas que ya fueron tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización para que la medida fuese practicada. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia aun en contra de la voluntad del imputado y respetando los principios señalados anteriormente para garantizar su dignidad humana y no someterlo a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías.¹³⁵

La segunda situación es aquella en la cual el imputado invoca circunstancias extraordinarias que no fueron tenidas en cuenta por el juez al conferir la autorización. Ello puede presentarse, por ejemplo, cuando han sobrevenido hechos con posterioridad a la autorización judicial que puedan conducir a que

¹³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-822 de 2005.

de practicarse la intervención corporal se derive una afectación grave de los derechos del imputado. En este evento se deberá acudir de nuevo al Juez de Control de Garantías que autorizó la medida para que este defina las condiciones bajo las cuales la inspección corporal se podrá practicar, o la niegue.¹³⁶

La obtención del consentimiento del imputado libre de cualquier tipo de coerción e informándole sobre las consecuencias que puede traer para la investigación del delito y para la determinación de su responsabilidad el permitir la realización de la medida siempre debe ser la primera alternativa para la práctica de la inspección corporal. No obstante, cuando ello no se logre, y el imputado persista en oponerse a la práctica de la inspección corporal, es necesario que el Juez de Control de Garantías revise la legalidad de la medida y defina las condiciones bajo las cuales puede ser llevada a cabo la inspección corporal, a fin de que en su práctica se reduzca al mínimo posible la incidencia de la medida sobre este derecho.¹³⁷

- Derecho a no autoincriminarse
- Presunción de inocencia

Lo anterior no implica pronunciarse sobre aspectos relativos a la responsabilidad del imputado, puesto que la apreciación de dicha responsabilidad escapa a la órbita de competencia del Juez de Control de Garantías, ya que es otro juez, el juez de conocimiento, el que en una etapa posterior del proceso decidirá al respecto, con plena independencia e imparcialidad.

Además, los resultados de la inspección corporal no constituyen prueba en contra del imputado mientras no sean presentados y sometidos a contradicción en la etapa del juicio.

Igualmente, cuando la inspección corporal haya sido practicada sin que se reúnan las condiciones legales y constitucionales, se aplicará la regla de exclusión.¹³⁸

Estas son algunas conclusiones respecto a la inspección corporal:

- La inspección corporal requiere autorización previa del Juez de Control de Garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la Policía Judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-822 de 2005.

- Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al Juez de Control de Garantías que autorizó la medida para que este defina las condiciones bajo las cuales esta se podrá practicar, o la niegue.
- La inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado.

6.2.4. Registro Personal

El diccionario¹³⁹ de la Lengua Española trae la siguiente definición de registrar: «Mirar, examinar una cosa con cuidado y diligencia. Examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto».

El texto del artículo 248¹⁴⁰ permite inferir que se trata de una medida que implica un menor grado de incidencia que la inspección corporal, por el empleo de las expresiones «registro», y «persona».

El término «registrar», se emplea generalmente como sinónimo de «tantear», «cachear», «auscultar», «palpar» lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel.

El empleo de la expresión «persona», permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales.

Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia.¹⁴¹

El registro personal comprende, por lo tanto, la revisión superficial del individuo, de la indumentaria que porta, y de objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física estos puedan ser usados para ocultar armas o evidencia física.

¹³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Op. Cit.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 248. *REGISTRO PERSONAL*. «Salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona. Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratase del imputado deberá estar asistido por su defensor».

¹⁴¹ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-822 de 2005, Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

El artículo 248 de la Ley 906 de 2004, menciona tres figuras distintas:

a) *[El registro realizado como parte de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional]*,¹⁴²

b) El registro incidental a la captura y

c) El registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física para los fines de la investigación penal.

Las dos primeras figuras no requieren autorización judicial previa. La tercera figura que comprende el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales y senos del imputado o imputada, o de un tercero relacionado con la investigación.¹⁴³

La primera figura, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es decir, en cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, estos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía.

Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública¹⁴⁴ los cuales se encuentran previstos en las normas de policía que continuarán aplicándose pues no hay decisión alguna de inexecutable que impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes.

No sobra advertir que en caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren evidencias que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará la denuncia correspondiente y aportará tales evidencias como sustento de la misma.

¹⁴² *Ibíd*

¹⁴³ *Ibíd*

¹⁴⁴ *Ibíd*

Objeto del registro personal: Según el artículo 248, del Código de Procedimiento Penal, el registro personal se realiza con fines de investigación penal y puede recaer sobre:

- El imputado, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa;
- Un tercero relacionado con la investigación, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico, e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; y
- La indumentaria y los elementos y áreas bajo control físico de la víctima, excluyendo el tocamiento de órganos sexuales y senos o la observación del cuerpo desnudo, pues tales medidas se encuentran reguladas por el artículo 250¹⁴⁵ del C.P.P. colombiano.

Requisitos para la práctica del registro personal: Limitación de los derechos: El registro personal puede llegar a implicar una afectación en el goce y ejercicio de varios derechos de la persona sobre la cual recae, la cual puede ser media o alta. El grado de afectación variará dependiendo de si se realiza sobre la indumentaria del individuo o sobre la superficie desnuda del cuerpo, de si tal palpación recae sobre órganos sexuales y senos o sobre partes generalmente expuestas a los demás como la cara, las manos, etcétera.

Así, en principio, la incidencia sobre los derechos de la persona es alta cuando se trata del registro del cuerpo desnudo de la persona, o de la palpación de órganos sexuales y senos. Es menos intrusiva la palpación de los brazos, la espalda, la cintura y las piernas.¹⁴⁶

¹⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., **Artículo 250.** «Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la Policía Judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos. En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al Juez de Control de Garantías [para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección]. El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud».

¹⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia No. C-822 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Requisitos materiales: Según el mismo artículo 248, del Código de Procedimiento Penal, para que se realice el registro personal, se exige;

- Que existan «*motivos razonablemente fundados*»
- Que tales motivos surjan de medios cognoscitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal,
- Que tales motivos lleven al «*Fiscal General o su delegado*» a inferir que el elemento material probatorio o la evidencia física buscada, está en posesión de una persona relacionada con la investigación, y
- Que tal elemento material probatorio o evidencia física se inserte dentro del programa metodológico de la investigación que se adelanta.

Lo anterior nos indica que no están permitidos los registros de personas indeterminadas sino que se debe establecer razonablemente la relación que existe entre la persona sobre la que recaerá el registro y la investigación que se realiza con base en motivos razonablemente fundados que indiquen que la evidencia física buscada tiene alguna relación con la investigación, que debe tener alguna relevancia dentro del programa de investigación y que no se trata de una búsqueda indiscriminada.

Requisitos formales:

- Solicitud del Fiscal General o su delegado
- Ante el Juez de Control de Garantías
- *Motivos razonablemente fundados* que justifican la solicitud
- Medios cognoscitivos que le permiten inferir que el elemento buscado está en posesión de la persona.
- Persona relacionada con la investigación
- Razones que muestran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de esa medida y
- Relación del elemento material probatorio buscado con la investigación que se adelanta, así como su relevancia.

Garantías: El registro personal debe garantizar:

- Quien realice el registro debe ser del mismo género que el afectado con el registro. Dado el carácter superficial de la búsqueda, no se exige que la persona que realiza el registro tenga algún conocimiento técnico o especializado, ni que el registro se realice en algún sitio en particular.

- Cuando se trata del registro personal del imputado, la norma exige la presencia de su defensor.
- Que se observen toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana, es decir:
- Que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible;
- Que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y
- Que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida.

6.2.5. Obtención de muestras que involucren al imputado¹⁴⁷

A diferencia de lo sucedido en los artículos 247 y 248, el texto del artículo 249 de la Ley 906 de 2004, sí trae una descripción del procedimiento que se debe seguir en relación con la recolección de algunas de las muestras corporales.

En el título del artículo 249 se emplea la expresión «*muestras que involucren al imputado*». Debido a que el verbo «*involucrar*» puede interpretarse con un significado equivalente a «*implicar*» o «*inculpar*» a alguien. No obstante, el lenguaje empleado en el resto del artículo permite inferir que no es

¹⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., ARTÍCULO 249. OBTENCIÓN DE MUESTRAS QUE INVOLUCREN AL IMPUTADO. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el Juez de Control de Garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la Policía Judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes: 1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico: a) le pedirá al imputado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial; b) Le pedirá al imputado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial; c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó. 2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica. En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado. PARÁGRAFO. De la misma manera procederá la Policía Judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

este el sentido con que se emplea «*involucrar*» en el artículo 249, por cuanto su acepción común «*involucrar*» es sinónimo de «*incluir*», «*abarcar*», «*comprender*», «*concernir*.»

El artículo 249 señala que esta medida se aplica «*a los fines de la investigación*», por lo tanto, no está referida a la etapa de juzgamiento. En el inciso primero se habla de «*afectado*», para señalar la persona de quien se van a extraer muestras corporales y a quien se le van practicar los exámenes descritos en el artículo 249, sin que de tal expresión se pueda concluir que hay algún tipo de prejuzgamiento.

En el título del artículo como en los literales a y b del numeral 1, se hace referencia al «*imputado*,» por lo cual, se trata de una medida que recae sobre una persona que se presume inocente y que en la etapa del proceso ya ha sido informada ante el Juez de Garantías de los hechos por los cuales se le investiga (arts. 286 y 287 de la Ley 906 de 2004).

Por lo anterior, la medida descrita en el artículo 249 se refiere a la obtención de muestras y la realización de exámenes que «*conciernen*» al imputado.

6.2.6. Diferencias de la obtención de muestras que involucren al imputado con la inspección corporal

La medida descrita en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la obtención de ciertas muestras que incumben al imputado, y que de conformidad con lo que establece el artículo 275 de la Ley 906 de 2004,¹⁴⁸ son consideradas como elementos materiales probatorios y evidencia física que generalmente provienen del imputado, son de su propio cuerpo.

Por lo tanto, cuando se trate de la extracción de evidencia física ajena o extraña al cuerpo del imputado, pero que se encuentra alojada en él, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, relativo a la inspección corporal.

6.2.7. Requisitos para la práctica de la obtención de muestras

El artículo 249 señala de manera expresa el tipo de muestras que se pueden obtener, como son: los fluidos corporales (sangre, saliva, sudor, semen, etc.), cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales, pisadas, que deben recogerse para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 275

El citado artículo emplea la expresión «*imputado*», lo cual *excluye* que esta medida pueda ser practicada a un tercero o a la víctima. Por lo tanto, la obtención de muestras solo es posible cuando la persona haya adquirido el carácter de imputado.¹⁴⁹

La obtención de muestras la hará «*la Policía Judicial*» por orden del fiscal. No obstante, dado que para la obtención de algunas de las muestras corporales, es necesario algún tipo de exploración de los orificios corporales –entre los que se encuentran el ano, la vagina, la boca, la uretra, los oídos, las fosas nasales , así como el interior del cuerpo a través de la introducción de instrumental médico, sondas, por lo cual, tales medidas tienen una incidencia media o alta en los derechos del imputado, su práctica debe siempre ser previamente autorizada por el Juez de Control de Garantías, y, por lo general, debe ser realizada por personal con entrenamiento médico o especializado en ciencias de la salud.

La intervención corporal debe hacerse en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado, resulta compatible con estas obligaciones que en la práctica de esta medida se incorporen los avances científicos que mejor garanticen el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

El Art. 249 exige para que se autorice la obtención de este tipo de muestras los siguientes requisitos materiales:

- Que sea necesario a los fines de la investigación. El artículo 249 no exige que existan motivos razonablemente fundados para ordenar la obtención de muestras del imputado, como se hace en los artículos 247 y 248 de la Ley 906 de 2004, sino que se deja a criterio del fiscal determinar la «necesidad» de su obtención.
- Que la solicitud que se haga al Juez de Control de Garantías para que autorice la práctica del registro deba ser motivada, a fin de que se evalúe esa necesidad a la luz de los fines de la investigación.

El Art. 249 también exige para que se autorice la obtención de este tipo de muestras los siguientes requisitos formales:

- La solicitud debe hacerla el fiscal encargado de la investigación.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, Artículo 126. *Calificación*. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

- La norma no precisa si debe hacerse por escrito. No obstante lo anterior, independientemente de la forma en que se deba hacer la solicitud, dado que la autorización de tal medida exige evaluar el cumplimiento de los requisitos materiales y formales, tal solicitud debe ser motivada, a fin de que el Juez de Garantías evalúe la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.
- Quien decide si se autoriza la obtención de muestras que involucren al imputado, es el Juez de Control de Garantías, pudiendo en todo caso fijar condiciones para su práctica, de tal manera que la medida se realice con la menor afectación posible de los derechos.
- Para la obtención de muestras corporales, se debe remitir a las reglas para los métodos de identificación científica regulados por los artículos 246, 251,¹⁵⁰ y 278¹⁵¹ de la Ley 906 de 2004.
- Consideraciones a la dignidad humana: El personal técnico y médico que participe en dichos exámenes debe respetar la dignidad de las personas y evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, es compatible con la dignidad humana:
 - Que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras;
 - Que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores;
 - Que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico;
 - Que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y
 - Que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima

¹⁵⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 251. Métodos. Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 420 de este código respecto de la prueba pericial. Igualmente coadyuvarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincencial registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada.

¹⁵¹ *Ibíd.*, Artículo 278. Identificación técnico-científica. La identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.

Limitación del derecho a la autonomía: La obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando este da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta.

En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados entre los cuales se encuentra la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia y «*la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales*».

Entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos.

Así, por ejemplo, si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aun menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.¹⁵²

La obtención de muestras y la libertad religiosa: Es posible que una de las razones por las cuales el imputado se niegue a la práctica de esta medida sea el considerar que resulta violatoria de sus convicciones religiosas.

Si bien la Carta Fundamental le ha conferido una amplia protección al derecho a la libertad religiosa, su ejercicio está sometido a ciertos límites que la Constitución le impone en aras de salvaguardar los derechos de los demás y hacer cumplir deberes constitucionales específicos así como para alcanzar intereses públicos imperiosos.

En esta medida, es claro que el contenido normativo de dicho derecho subjetivo no es absoluto. La libertad de religión también puede ser limitada por medidas razonables y proporcionadas. El juez habrá de ponderar en cada caso concreto, valorando adicional y debidamente los argumentos religiosos, si la medida es idónea, necesaria y, especialmente, proporcionada.

¹⁵² COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-822 de 2005, Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Si bien la negativa del imputado a permitir la obtención de muestras por motivos religiosos no puede prevalecer cuando ello conduciría a la impunidad, en desmedro de los derechos de las víctimas, o entorpecería gravemente los resultados de la investigación, las autoridades encargadas de practicar esta medida deberán velar porque la misma se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, humanidad y respeto de la dignidad del imputado, a fin de reducir al mínimo las molestias generadas por la práctica de esta medida.¹⁵³

Derecho a no autoincriminarse y presunción de inocencia: En cuanto a estos derechos la Corte Constitucional¹⁵⁴ ha señalado que la obtención de muestras corporales cuya existencia no depende de la voluntad del imputado, no implica un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, ni un desconocimiento del principio de presunción de inocencia, como quiera que tales elementos materiales probatorios pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo.

En ese sentido, el verbo «involucrar» se emplea como sinónimo de «concernir» o «incumbir», lo cual confirma que la medida no implica un juzgamiento anticipado de la responsabilidad del imputado.

Así, cuando se trate de la extracción de muestras como sangre, semen, saliva, etc., cuya obtención implica en principio algún tipo de inspección corporal, el procedimiento que debe seguirse es el previsto en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004, y no el señalado en el artículo 247.

6.2.8. Obtención de muestras que involucren a la víctima

El reconocimiento y los exámenes físicos de la víctima, así como la obtención de muestras que se encuentren en su cuerpo, según el delito investigado y las circunstancias del caso, puede ser un medio idóneo para obtener evidencia física necesaria para la determinación de la responsabilidad penal, así como de las características y consecuencias del delito.

Por ejemplo, la obtención de muestras de semen y sangre, puede ser un medio idóneo para determinar la responsabilidad en un delito contra la libertad sexual. También puede ser un medio idóneo para obtener evidencia física que sea necesario cotejar con la que se obtenga del imputado.

Derecho a la Intimidad: En cuanto al grado de invasión del derecho a intimidad, la práctica de esta medida implica la exposición del cuerpo desnudo de la víctima, o la realización de algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta de este derecho, dependiendo del proce-

¹⁵³ *Ibíd*

¹⁵⁴ *Ibíd*

dimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal o de evidencia material que se busque obtener mediante esta medida. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad de la víctima, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en la cavidad anal o en regiones genitales, paragenital y extragenital. La incidencia en este derecho puede ser menor, cuando se trata de la obtención de impresiones dentales, o de muestras de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales de la víctima.

La norma exige que la medida no implique un riesgo de menoscabo de la salud de la víctima. Por ello, si la incidencia de la medida en la integridad física de la víctima es grande, mayor importancia deben tener los bienes jurídicos tutelados y mayor debe ser el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la práctica de la medida.

Derecho a la autonomía: La realización de exámenes físicos y la obtención de muestras corporales de la víctima que no supongan un riesgo de menoscabo de su salud, no la afectan cuando esta da su consentimiento libre de cualquier coerción y con un conocimiento informado sobre las consecuencias del procedimiento y de la necesidad de la muestra dentro del programa de investigación. Sin embargo, si luego de explicarle la importancia del procedimiento, la víctima persiste en su negativa, la incidencia en su derecho es muy alta. Forzar a una persona que ya ha sufrido una lesión o ultraje a ser sometida a este tipo de medidas, constituye una doble victimización que resulta contraria a la dignidad humana. El consentimiento de la víctima es determinante para decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los hechos.

Cuando la víctima o el representante legal se nieguen, el Art. 250 establece que se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarla. De persistir la víctima en la negativa, la norma establece que se debe acudir al Juez de Control de Garantías.

La Corte Constitucional, en el estudio de constitucionalidad a la norma en cita, encontró que la restricción a la autonomía de la víctima es inconstitucional, porque desvaloriza su consentimiento y la expone a una doble victimización, por tal motivo frente a la oposición de la víctima, al Juez de Control de Garantías no le queda otra alternativa que fijar las condiciones para su práctica.

Es por ello que la Corte declaró inexecutable la expresión «*para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección*», contenida en el inciso segundo del artículo 250 de la Ley 906 de 2004.

Los exámenes practicados a la víctima para recuperar evidencia idónea que permita identificar al responsable del delito, generalmente deben ser efectuados de manera rápida. La oportunidad en estos casos es crucial.

De tal manera que es en el interés de la víctima y de la preservación de sus derechos a la verdad y la justicia, que tales exámenes son practicados con prontitud. Por esta razón, la norma no exige acudir al Juez de Control de Garantías, lo cual es razonable. Pero la norma no es clara en señalar que el consentimiento libre e informado de la víctima es indispensable como requisito previo a la práctica de los exámenes o reconocimientos. Indica que debe ser por escrito, pero no exige que antes de que presten dicho consentimiento es indispensable informarles a las víctimas sobre el valor y la trascendencia del mismo. Ello se ordena solo si la víctima no presta el consentimiento.

Por la importancia que tiene el consentimiento de la víctima, la Corte Constitucional¹⁵⁵ también estima que cuando esta sea una persona adulta y los delitos investigados estén relacionados con la libertad sexual, la decisión de la víctima sobre si acepta o no los reconocimientos y los exámenes físicos constituye la última palabra al respecto. Así, el consentimiento informado y libre de la persona adulta víctima de delitos contra la libertad sexual es determinante y conclusivo.

7. Marcación

Como lo veremos más adelante, la marcación es un método de autenticación de la evidencia. Cada evidencia física, en lo posible, debe marcarse en un lugar seguro, de tal manera que no la contamine o altere. Hay posiciones encontradas que sostienen que las evidencias no deben marcarse porque esto alteraría el elemento probatorio.

La evidencia se debe marcar en aquella parte que no la altere para su respectivo análisis por parte del experto, por ejemplo un proyectil deberá marcarse en la base y nunca en los lados porque se puede alterar el micro rayado presente en esa parte de la evidencia.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-822 de 2005, Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

El marcado de la evidencia recobra su importancia en el sistema acusatorio, por cuanto el testigo experto que en algún momento sea llamado a declarar en el juicio oral para introducir la evidencia, deberá autenticarla explicando al juez de conocimiento porqué la evidencia que recolectó y marcó es la misma que tiene en sus manos y que la hacen diferente a las demás evidencias del mismo género.

8. Embalaje

Cada evidencia deberá embalsarse por separado de tal manera que garantice su integridad a fin de que no se altere o se contamine en el transporte o almacenaje.

Asimismo, debe embalsarse en contenedores o empaques que garanticen su preservación, y ofrezca las condiciones que permitan que la evidencia se mantenga intacta hasta cuando llegue a manos del experto que la analizará y rendirá su informe pericial de los hallazgos encontrados.

Los contenedores utilizados en el embalaje de las evidencias físicas, es decir, las envolturas, empaques, estuches, envases y demás elementos, se dividen en contenedores primarios y secundarios. Los contenedores primarios son aquellos empaques que están en contacto íntimo y físico con la evidencia: bolsas de papel, plásticas, tubos de ensayo, frascos, sobres de papel, de plástico, cubetas, entre otros. Los contenedores secundarios, por su parte, contienen a los contenedores primarios, por ejemplo, maletas, maletines, cajas de cartón, cajones de madera, cajillas de seguridad, cajas fuertes, neveras, congeladores, anaqueles, etcétera.¹⁵⁶

9. Rotulación

El rótulo que debe llevar cada evidencia embalsada, deberá contener todos los datos que la identifiquen plenamente. El rótulo deberá indicar el número del caso, el nombre e identificación del investigador o la persona que recolectó la evidencia, la fecha, hora, sitio y lugar de recolección y demás datos de interés para la investigación.

Hay que diferenciar el rótulo de la etiqueta, mientras el primero es una tarjeta de papel o cartulina que va pegada sobre el embalaje o contenedor secundario de la evidencia física, la etiqueta, es una tarjeta de cartulina o cartón que va atada por un cordel a las cuerdas o ataduras que se usan para mantener y conservar el contenedor secundario de la evidencia.¹⁵⁷

¹⁵⁶ MORA IZQUIERDO, y SÁNCHEZ PRADA. Op. cit. p. 201-202

¹⁵⁷ *Ibíd.* p 146

10. Transporte

El transporte de la evidencia al laboratorio o al almacén de evidencias, deberá realizarse en un medio que ofrezca las mejores condiciones que permitan su preservación. Por ejemplo, cuando se trate de transportar fluidos corporales o evidencias orgánicas, en muchos casos se deberá disponer de refrigeradores para evitar la descomposición de la evidencia y esta pueda llegar en óptimas condiciones a su destino.

11. Almacenaje

La Fiscalía General de la Nación expidió la Resolución 000435 del 31 de diciembre de 2004 por medio de la cual se adopta el Manual de Procedimientos de las Bodegas de Evidencias.

En ella se reglamenta parcialmente el Art. 254 de la Ley 906 de 2004, mediante el cual asignó al Fiscal General de la Nación la facultad de reglamentar lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia.

Esta resolución, permite desarrollar los procedimientos de las bodegas de evidencias, permitiendo estandarizar y unificar el método de trabajo con el cual se deben administrar los EMP o EF garantizando su almacenamiento y conservación.

Este es un ítem que la cadena de custodia deberá dar cuenta, pues, el almacenamiento, es uno de los tantos procedimientos que deberán quedar bien claros cuando se trate de controvertir su autenticidad.

12. Presentación en el juicio

El Código de Procedimiento Penal,¹⁵⁸ respecto al orden de la presentación de la prueba en el juicio oral señala: «El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía».

¹⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 362.

13. Confrontación

En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.¹⁵⁹

De conformidad con el principio de descubrimiento total y el principio de contradicción al oponente debe facilitársele la consulta y el conocimiento integral por ejemplo, en los casos donde la evidencia sea un documento para ejercer su derecho a confrontar la evidencia, previa a la presentación del documento en juicio.

La confrontación de la evidencia implica en la mayoría de los casos el reconocimiento de la parte contra la cual se aduce. Por lo general se utiliza en la confrontación del testigo en el contra interrogatorio o en la impugnación de testigos, pues la evidencia por sí sola no se presenta en el juicio oral, se requiere del testigo que la presente, quien deberá ser interrogado y contrainterrogado conforme a lo establecido y a los principios del Sistema Penal Acusatorio.

14. Controversia probatoria

El Código de Procedimiento Penal¹⁶⁰ señala que: «Las partes tendrán 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».

La evidencia física objeto de prueba, es susceptible de ser controvertida por las falencias que presente en todo el proceso hasta el momento de su valoración para convertirse en prueba.

Los protocolos que previamente la Fiscalía ha diseñado, exigen que en el manejo de la evidencia se lleven a cabo todos los procesos y métodos de búsqueda, recolección, embalaje, transporte, almacenamiento, análisis y presentación en el juicio oral y público. Su inobservancia será objeto de controversia, donde la parte interesada buscará su exclusión por no seguir con los parámetros legales exigidos.

15. Valoración

El C.P.P. trae dos artículos relacionados con los *criterios de valoración*, el primero, es decir, el artículo 273 hace referencia a los criterios de valoración

¹⁵⁹ Ibíd Art. 16

¹⁶⁰ Ibíd, Art. 15.

de los elementos materiales probatorios y evidencia física, dentro del capítulo de «*Las facultades de la defensa en la investigación*» en la etapa de indagación e investigación.

El segundo es el Art. 380 que refiere a los criterios de valoración de los medios de prueba, los EMP y EF, pero dentro del capítulo de la «*Práctica de la prueba*», esto es, en el juicio oral. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.¹⁶¹

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,¹⁶² al respecto ha señalado que si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios.

En la misma providencia¹⁶³ la Corporación destaca: Si bajo estos supuestos el Juez no decreta la prueba, su rechazo no será por motivos de *ilegalidad*, sino porque carecería de poder de convicción, por persistir serias dudas sobre la manera como se produjo la recolección del EMP o EF o la forma en que se produjo, o la autenticidad del mismo en cuanto de ello dependa la posibilidad de aceptar como cierto su contenido.

16. Macroelementos

Los «*macroelementos materiales probatorios*», como naves, aeronaves, vehículos, máquinas, etc., por lógicas razones no pueden ser presentados en las audiencias físicamente como evidencia. Basta inspeccionarlos, filmarlos y fotografiarlos, y estos registros sustituyen al objeto físico en todos los momentos procesales.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibíd.*, Art. 273.

¹⁶² COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/csjt.jsp>

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 256.

17. Cadena de custodia

El verbo custodiar, según el diccionario¹⁶⁵ significa: «*Guardar con cuidado y vigilancia*». Los doctores Mora Izquierdo y Sánchez Prada, traen la siguiente definición de cadena de custodia: *Es el sistema de aseguramiento de la evidencia física, compuesto por personas, normas, procedimientos, información, contenedores y lugares, que al avalar el cumplimiento del principio de mismidad, garantiza la autenticidad de la evidencia que se recolecta, analiza y exhibe en la audiencia pública del juicio oral.*¹⁶⁶

Para lo cual la Fiscalía General de la Nación ha emitido múltiples resoluciones con la finalidad de implementar manuales de procedimientos unificados de cadena de custodia, así:

- Resolución 1890 de 2002, Sistema de Cadena de custodia. (5 de nov de 2002).
- Resolución 2869 de 2003, Manual de Cadena de Custodia vigente para la Ley 600 de 2000. (29 de diciembre de 2003).
- Resolución 6394 de 2004, Manual de Cadena de Custodia vigente para la Ley 906 de 2004. (22 de diciembre de 2004).
- Resolución 2369 de 2016, Manual de Cadena de Custodia. (11 de julio de 2016).

Este procedimiento encaminado a garantizar la autenticidad de la evidencia física fue elevado al rango constitucional, lo que le da mucha más importancia y rigurosidad al sistema de aseguramiento de la evidencia física, así lo trae el numeral 3° del Art. 250:¹⁶⁷ «*Asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción*». Al respecto. Los doctores Mora Izquierdo y Sánchez Prada¹⁶⁸ consideran que «*se exageró el valor de la cadena de custodia, elevándola al rango constitucional, cuando lo realmente trascendental es la autenticidad de la evidencia, que tiene en la cadena de custodia una de las cinco (5) maneras*¹⁶⁹ *tradicionales de efectuarse*».

¹⁶⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

¹⁶⁶ MORA IZQUIERDO, y SÁNCHEZ PRADA. Op. cit. p. 200

¹⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia de 1991 (4 de julio de 1991). Art. 250, modificada por el Acto Legislativo 03 de 2002, Art. 2°.

¹⁶⁸ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. Op. Cit., p. 203.

¹⁶⁹ Véase Autenticidad de la Evidencia Física.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal, presentado por la Fiscalía General de la Nación contemplaba dieciocho (18) artículos concernientes a la cadena de custodia, de los cuales solamente pasaron en el Congreso de la República trece (13), constituyendo un capítulo que lleva su nombre, que hace parte a su vez del título primero denominado *la indagación e investigación*, comprendido en el libro II llamado *Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio*.

Estos dieciocho artículos fueron depurados en el Congreso gracias a las oportunas recomendaciones que hicieran los doctores Mora Izquierdo y Sánchez Prada,¹⁷⁰ que se resumen, entre otros, en las siguientes: El proyecto contemplaba la aplicación de la cadena de custodia a «*todos los elementos probatorios recogidos por la Policía Judicial*», así lo establecía el «*Artículo 260. Contenido del rótulo. Todo elemento material probatorio será embalado en empaques según su peso, forma y volumen*», lo que resulta inadecuado. Por ejemplo, si la evidencia consiste en un documento debidamente autenticado por notario público no requiere ser embalado, rotulado, trasladado y traspasado.

El Artículo 272 del proyecto estipulaba: «*Rechazo. Ningún servidor público admitirá elemento material que no esté embalado en contenedores y con rótulos oficiales*».

Esto implicaba dos aspectos uno que el tema de autenticidad de la evidencia física solamente caía sobre la cadena de custodia y dos, que el debate sobre la autenticidad de la evidencia se le arrebató al juez y se ponía sobre los hombros, por ejemplo de un perito, quien está autorizado para rechazar la evidencia y no analizarla, bajo el supuesto por ejemplo, que si el rótulo está incompleto la evidencia no es auténtica, esto podría traer consecuencias nefastas al proceso criminal.

Los anteriores, entre otros aspectos, conducían a que se mancillara la autenticidad de la evidencia por simples detalles de forma, mas no de fondo, violándose de manera flagrante el principio constitucional contenido en el artículo 228 de la Carta Política en el que señala que en las decisiones de la administración de justicia «*prevalecerá el Derecho Sustancial*».

A continuación retomamos apartes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁷¹ en relación con la Cadena de Custodia:

¹⁷⁰ Propuesta de modificación y mejoramiento de varios artículos contenidos en el proyecto de Ley No. 01 de 2003 por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal presentado por los Doctores MARÍA DOLORES SÁNCHEZ PRADA y RICARDO MORA IZQUIERDO.

¹⁷¹ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

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

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos estos a los que tendrá que enlazar la crítica la parte contra la cual se aduce.

La última es la solución adoptada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al sentar en el artículo 273 los criterios de valoración: La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.

Tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia,¹⁷² referido en páginas anteriores, si la parte interesada demuestra que se rompió la cadena de custodia o que no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba. En tal hipótesis, el juez decidirá lo que en derecho corresponda.

La desatinada Sentencia referida en el párrafo anterior destaca un argumento que ha sido caballito de batalla para el ente acusador y rechazada, por supuesto, por la defensa:

[...] si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

¹⁷² COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/jt/jsp>

En otro aparte de la citada jurisprudencia, la Corte señaló:

Ahora bien, si las partes no cuestionan la cadena de custodia, la acreditación ni la autenticidad de las evidencias, el juez no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el asunto, a menos a que el propio funcionario judicial tenga razones para dudar acerca de alguno de esos tópicos. En esta hipótesis por ser el juez el destinatario final de la prueba, tendrá que disponer lo que estime conveniente dentro de su marco funcional.

18. Autenticidad

La cadena de custodia¹⁷³ también, entre otras, tiene como finalidad demostrar la autenticidad de la evidencia física. La manera de introducir las evidencias a efectos de demostrar su autenticidad en el juicio oral que se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, que puede ser un testigo experto, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, es lo que la parte que la aporta dice que es.

La Corte Suprema de Justicia¹⁷⁴ ha señalado que, por lo general, las discrepancias sobre la autenticidad de las evidencias y elementos probatorios tienen relevancia en el punto de la valoración, eficacia, o idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia; y no en la *legalidad* que condiciona la admisión, decreto o práctica de la prueba.

La definición previa acerca de la autenticidad de una evidencia no es tema de ilicitud ni de legalidad; por tanto, no condiciona la prueba que sobre ella verse, en cuanto a su admisión o práctica.¹⁷⁵

La *cadena de custodia* podría incidir en la *autenticidad* de los elementos materiales probatorios y evidencia física, pues el Código de Procedimiento Penal,¹⁷⁶ señala que «*Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos, cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente y sometidos a las reglas de la cadena de custodia*».

El Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación al Congreso de la República, solamente contenía el inciso arriba señalado, pero por las recomendaciones científicas de los doctores Ricardo Mora Izquierdo y María Dolores Sánchez Prada, se logró que se crea-

¹⁷³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., art 257 y ss

¹⁷⁴ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

¹⁷⁵ *Ibíd*

¹⁷⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., artículo 277

ra un nuevo inciso que señala: *La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.*

1. La justificación de la inclusión de este inciso en el Código de Procedimiento Penal se presentó en un documento¹⁷⁷ donde expone que el concepto de autenticidad parece ser entendido por este legislador de una manera limitada y dependiente de la cadena de custodia, lo que sin duda ocasionará inconvenientes procesales.

Más adelante señala el documento:

[...] la cadena de custodia no es más que una forma, entre varias, de acreditar la autenticidad de la evidencia física. En realidad lo que debe importar en el espíritu normativo es la posibilidad de garantizar al juez y a las partes la certeza que el elemento que se le presenta como original y auténtico ciertamente lo sea, resultando secundario la forma o el «como» se logra este fin.

Se impone como medida de seguridad y garantía de confiabilidad, aclarar el concepto de «autenticidad» aplicado a los elementos físicos con los que se pretende probar o improbar una hipótesis.

La manera como se prueba la autenticidad de un elemento depende de la naturaleza del mismo, por ello es necesario profundizar el concepto que permitirá mejorar la actual redacción del artículo 287, el cual no es otro que el principio de MISMIDAD.

Según la legislación Puertorriqueña¹⁷⁸ la demostración de la autenticidad de la evidencia «física o material», puede ser realizada, al menos de cuatro maneras diferentes:

- *Auto autenticación:* Se refiere a elementos de los que se presume su autenticidad porque ella salta a la vista y liberan al proponente de la obligación de presentar pruebas acerca de ella. Por ejemplo, los registros notariales, las etiquetas comerciales, los periódicos y revistas etc. En estos casos es el oponente quien debe presentar evidencia que demuestre que el documento no es auténtico.
- *Por testimonio:* Se trata de evidencia que es admitida como auténtica por la parte contra quien se ofrece. Esta forma de autenticar evidencia se aplica cuando se trata de material que permite que un testigo dé fe *«que la cosa es*

¹⁷⁷ Propuesta de modificación y mejoramiento de varios artículos contenidos en el proyecto de Ley No. 01 de 2003 por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal presentado por los doctores MARÍA DOLORES SÁNCHEZ PRADA y RICARDO MORA IZQUIERDO.

¹⁷⁸ CHIESA APONTE, Op. cit., p.361-367, citado en la propuesta de modificación y mejoramiento de varios artículos contenidos en el proyecto de Ley No. 01 de 2003, presentado por los Doctores MARÍA DOLORES SÁNCHEZ PRADA y RICARDO MORA IZQUIERDO.

la cosa». Por ejemplo, la persona certifica la autenticidad bajo juramento, cuando reconoce que la firma expuesta es su propia firma, o cuando reconoce que las fotografías corresponden realmente a la imagen que se quiere señalar.

- *Por marcación*: Se aplica esta fórmula a la evidencia física que por su tamaño y condición permite hacer sobre ella, una marca o señal particular e individualizante que la convierte en pieza única, inconfundible y reconocible a través del tiempo. Es el caso, por ejemplo, de un cuchillo con mango de madera en donde el investigador puede pirograbar sus iniciales logrando de esta manera distinguirlo de piezas semejantes. Si lo que se discute sobre esta evidencia, se relaciona con el asunto sobre si el cuchillo en cuestión es el mismo que se recogió en la escena y no otro, el investigador puede demostrar - a través de la marcación que él personalmente hizo - que efectivamente se trata del mismo, sin que para eso influya el empaque o el rótulo.
- *Por Cadena de Custodia*. Se aplica prácticamente a toda la evidencia forense. Este método de autenticación lo debe usar el proponente de la evidencia para acreditar la mismidad del objeto y de su estado.

Con los anteriores fundamentos se propuso que el hoy artículo 277 del C.P.P. que versa sobre la autenticidad de la evidencia física comprendiera solamente la redacción del inciso segundo, por cuanto, como se explicó la autenticidad no es exclusiva del procedimiento de cadena de custodia.

De no ser por la inclusión de este inciso, muy seguramente muchas evidencias físicas y elementos materiales probatorios que hoy en día se recaudan en el lugar de los hechos serían excluidos de la actuación judicial, por su inadecuado manejo en la cadena de custodia.

En la Gaceta del Congreso de la República No. 248 del 4 de junio de 2004, se plasma el informe de ponencia para segundo debate del Senado al Proyecto de Ley 01 de 2003 (Cámara) y 229 de 2004 (Senado), por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. En esta gaceta ya aparece el segundo inciso del hoy Artículo 277 (Autenticidad) con una nota de justificación que reza: «*Se establece la carga de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, a la parte que los proponga*».¹⁷⁹

¹⁷⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta 248, del 4 de junio de 2004, p. 13.

Finalmente con referencia a la *presunción de autenticidad* de la evidencia física es importante acudir a la regla genérica de que la evidencia física es auténtica mientras no se pruebe lo contrario, al respecto dice Chiesa: *La regla se justifica por la escasa probabilidad de falsificación. Es un poco absurdo pedirle al proponente que establezca la autenticidad de lo que luce auténtico, como un ejemplar de New York Times.*¹⁸⁰



¹⁸⁰ CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Publicaciones JTS. Estados Unidos de Norte América. Reimpresión 2005. Tomo II, p. 944.

CAPÍTULO V

EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE EMP Y EF

Veremos que los tres conceptos, es decir, exclusión, rechazo e inadmisibilidad son bien diferentes, pues mientras la exclusión tiene su génesis en la ilegalidad o ilicitud en la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física, el rechazo lo es por motivos de descubrimiento probatorio, en tanto que la inadmisión, por impertinente e inconducente.

En materia legal, el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal colombiano¹⁸¹ señala:

Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios.

La exclusión, en materia Procesal Penal, está reglada inicialmente en el artículo 23. Cláusula de exclusión.

Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Más adelante el artículo 232 del mismo estatuto procesal señala:

Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de

¹⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 359

la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Finalmente en materia de exclusión el artículo 360 reza: «*Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de pruebas ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código*».

Respecto al rechazo, el Código de Procedimiento Penal colombiano¹⁸² señala:

Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

Sobre los tres conceptos de exclusión, rechazo e inadmisibilidad, la Corte Suprema de Justicia¹⁸³ ha precisado: [...] *los medios de prueba ofrecidos por las partes pueden ser inadmitidos, rechazados y excluidos, según lo prevé el artículo 359 ejusdem*.

En principio, según las voces del artículo 376, toda prueba pertinente es admisible. Sin embargo, hay distintas razones por las cuales el elemento de convicción no debe llegar al juicio, no quedándole alternativa distinta al funcionamiento judicial que inadmitirlo.

En efecto, según la normativa comentada, *se debe inadmitir* la prueba cuando:

- Con ella exista peligro de causar grave perjuicio indebido, presupuesto de hecho en el cual se incrustan eventos como el previsto en el artículo 359 inciso segundo, en relación con las conversaciones realizadas entre Fiscalía y defensa tendientes a la realización de preacuerdos o al reconocimiento del principio de oportunidad.¹⁸⁴

¹⁸² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 346.

¹⁸³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Radicación 36562, del 13 de junio de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csyt.jsp>

¹⁸⁴ El profesor Chiesa –Tratado de derecho Probatorio, P 7 y ss- cita como ejemplos de esta causal: a) la prueba de la embriaguez ofrecida por el fiscal, la cual no siendo trascendental para probar el cargo principal, perjudica indebidamente la posición procesal de la defensa; b) las fotografías del cadáver de la víctima, las cuales califica como «particularmente problemáticas por su efecto inflamatorio sobre el juzgador»; y, c) la evidencia de otros delitos o de la mala conducta del acusado.

- Se presente la probabilidad de que genere confusión o exhiba poco valor probatorio:¹⁸⁵ como la prueba de referencia, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 379 es generalmente inadmisibile, y solo de manera excepcional podría ingresar al juicio, de presentarse alguno de los eventos previstos en el artículo 438, siendo en todo caso restringido su valor probatorio de cara a la condena según lo determinado por el artículo 381.
- Sea injustamente dilatoria del procedimiento, como podría ocurrir frente a pruebas repetitivas, o aquellas con las que se pretenda demostrar hechos notorios.

El estatuto procesal también incluye el rechazo de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el artículo 356.1 ibídem. A su turno, la prueba ilegal debe ser excluida, de acuerdo con el artículo 360, según el cual «El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código».

De suerte que, la violación de los requisitos formales, vale decir, la ilegalidad que genera como consecuencia la exclusión de la prueba, puede presentarse, o bien en su práctica, aducción o en la consecución del medio de convicción, tal como sistemáticamente lo advierte el inciso final del artículo 29 Superior, y los artículos 23, 360 y 455 de la Ley 906 de 2004.

Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.

Por tanto, corresponde al juez en la audiencia preparatoria ocuparse de todos estos aspectos relacionados con la inclusión de la prueba en el juicio, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión so pretexto de mantener incólume su imparcialidad, toda vez que es aquel el escenario natural de tales discusiones y no otro; al punto que de advertir afectada esa esencial condición para afrontar el juicio, puede hacer uso de las causales de impedimento previstas a fin de separarse del conocimiento del asunto.

Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada ilegal con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de

¹⁸⁵ El profesor Chiesa, cita como ejemplo la evidencia matemática de probabilidad

ilícita, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

Tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso,¹⁸⁶ sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión.

1. Exclusión EMP Y EF

El inadecuado procesamiento de elementos materiales probatorios y evidencias físicas ha generado múltiples debates en el desarrollo de los procesos penales y ha sido objeto de controversia jurisprudencial en el seno de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en lo que se refiere a su valoración, pues, mientras a partir de una sentencia proferida en el año 2007¹⁸⁷ y otras.

Este máximo Tribunal de Justicia colombiana trató el problema del manejo en la cadena de custodia y procesamiento de EMP y EF como un asunto de valoración en el juicio oral y su censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción como un error de hecho derivado del falso raciocinio y no un problema de ilegalidad que conlleve a la exclusión, en otras sentencias, como en una de 2012,¹⁸⁸ la Corte Suprema de Justicia opta por señalar que, en realidad, las impugnaciones relacionadas con la ilegalidad e ilicitud de EMP y EF, necesariamente deben excluirse en el escenario propicio, cual es, la audiencia preparatoria, para después señalar como en una del 2013,¹⁸⁹ que lo importante es que la parte que presente los EMP y EF, esté en la capacidad de demostrar su autenticidad. 35.127 del 17 de abril de 2013.

Esa controversia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ha conllevado a que los operadores de justicia, partes e intervinientes en el sistema penal acusatorio colombiano, tengan incertidumbre en la interpretación del adecuado procesamiento y valoración de estos dos medios de conocimiento (EMP y EF) y por ende su viabilidad o no de exclusión.

¹⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

¹⁸⁷ Ibidem. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

¹⁸⁸ Ibidem, Radicación 36562 de 2012. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

¹⁸⁹ Ibidem Radicación 35.127 del 17 de abril de 2013. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

El tema de exclusión de EMP y EF es, además, un problema de conceptualización, es común observar que hoy en día, la gran mayoría de funcionarios llámese (fiscales o jueces) así como investigadores judiciales o criminalistas, ya sean de la Defensa o del ente acusador, poseen el síndrome de ausencia de conceptualización de las expresiones que hacen alusión a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas (EMP y EF), llegándose a preguntar si ambos conceptos son sinónimos o si existe una diferencia entre ellos. Lo cual por supuesto amerita una respuesta inmediata, y por ello fue abordado este interrogante en la parte inicial de esta investigación, máxime cuando en nuestro país no se cuenta con suficiente fuente de información al respecto.

Otra de las dificultades en materia de conceptualización, consiste en creer que tanto el ente acusador como la defensa, en lo que respecta al procesamiento del lugar de los hechos, es recolectar pruebas, de ahí el mal llamado o utilizado término EMP, lo cual a nuestro modo de ver es errado, puesto que lo que se recolecta inicialmente bajo técnicas científicas y protocolos estandarizados, son evidencias físicas (EF), haciéndose necesario un ejercicio de acción, reflexión y aprendizaje sobre dicho concepto; de no ser así, ni el Investigador, ni el Fiscal, ni el Defensor, podrán realizar un trabajo efectivo en búsqueda de la verdad del hecho.

Veremos mas adelante, la regulación legal plasmada en el estatuto procesal penal colombiano y posteriormente la variación jurisprudencial y el asentamiento de una postura unificada en la línea jurisprudencia en torno al tema de exclusión de EMP y EF que ha asumido el máximo Tribunal de Justicia colombiano.

2. Exclusión de EMP y EF en registros y allanamientos

El artículo 232 del Código de Procedimiento Penal colombiano¹⁹⁰ dispone que si la orden de registro y allanamiento expedida por parte del Fiscal, se encuentra viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en aquella, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan (*directa y exclusivamente*)¹⁹¹ del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y (sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación).¹⁹²

¹⁹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art 232

¹⁹¹ Negrillas declaradas inexecutable Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹⁹² Negrillas declaradas inexecutable Corte Constitucional en Sentencia C-210 de 2007. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Para la Corte Constitucional la expresión «*directa y exclusivamente*» es contraria a la Constitución, por las razones que pasan a explicarse.¹⁹³

En virtud del Acto Legislativo 03 de 2003, la Fiscalía General de la Nación tiene competencia, sin previa orden judicial, para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, facultades todas estas que se encuentran sometidas a un control posterior por parte del Juez de Control de Garantías, a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004, artículos 220 y siguientes, solo podrá expedirse una orden de allanamiento y registro, con el único fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

La orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuales se encuentran comprendidos en la diligencia; de no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, se deberá indicar en la orden los argumentos para que, pese a ello, proceda el operativo. Sin embargo, *en ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamientos indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.*

3. Exclusión de EMP y EF por invalidez del allanamiento y registro

El artículo 232 de la Ley 906 de 2004 dispone la invalidez de la diligencia de allanamiento y registro y, en consecuencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor y serán excluidos de la actuación, cuando quiera que la orden expedida por el fiscal haya violado alguno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal, cual son:¹⁹⁴

¹⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

¹⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

- Con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso este que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva;¹⁹⁵
- Deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo;¹⁹⁶
- Los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado;¹⁹⁷
- La orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados;¹⁹⁸
- Existen unos objetos no susceptibles de registro;¹⁹⁹
- La ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento;²⁰⁰
- La diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley;²⁰¹
- Se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial;²⁰²
- Procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley;²⁰³
- Se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que

¹⁹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 219.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, Art. 220

¹⁹⁷ *Ibíd.*, Art. 221

¹⁹⁸ *Ibíd.*, Art. 222

¹⁹⁹ *Ibíd.*, Art. 223

²⁰⁰ *Ibíd.*, Art. 224

²⁰¹ *Ibíd.*, Art. 225

²⁰² *Ibíd.*, Art. 226

²⁰³ *Ibíd.*, Art. 229

soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan.²⁰⁴

Si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

De conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluida de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente.

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para ser tenidos como evidencia material no como prueba de responsabilidad.

4. Nulidad derivada de la prueba ilícita

El juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no, en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto²⁰⁵.

En tal sentido, el artículo 455²⁰⁶ de la Ley 906 de 2004 establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable «y las demás que establezca la ley», para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación.

²⁰⁴ *Ibíd.*, Art. 227

²⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

²⁰⁶ **Nulidad derivada de la prueba ilícita.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

En este análisis deben revisar los criterios para analizar si un medio probatorio realmente deriva o no de otro:

4.1. Vínculo Atenuado

Se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible²⁰⁷ atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulte ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad.

4.2. Fuente Independiente

Según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.²⁰⁸

4.3. Descubrimiento Inevitable

Consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito.²⁰⁹

La Corte Constitucional,²¹⁰ sobre el particular, examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

[...] a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto– criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo, puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa.

²⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *asunto Nardone vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939).

²⁰⁸ *Ibíd*, *asunto Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920).

²⁰⁹ *Ibíd*, *asunto Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984).

²¹⁰ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-159 de 2002, Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados. Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original.

En este orden de ideas, si durante la práctica de una diligencia de allanamiento y registro se encuentran elementos materiales probatorios y evidencia física, que no guardan relación alguna con la investigación que se adelanta, ni con el objeto de la diligencia, el fiscal deberá relacionarlos y ponerlos a órdenes de la autoridad competente, para efectos de abrir unas nuevas diligencias judiciales, ya que no constituyen prueba alguna de responsabilidad del indiciado o imputado.

Lo anterior permite deducir, sin lugar a equívocos, que para el máximo ente guardián de la Constitución Política de Colombia, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales, es decir, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia²¹¹ ha dejado claro que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad que recaiga sobre medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se producen normativamente son efectos idénticos de exclusión, dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política se predicen «nulos de pleno derecho». «[...] En esa medida, se entiende que ese efecto se transmite a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, porque como es de lógica jurídica las «inexistencias jurídicas» no pueden dar lugar a reflejos de existencias jurídicas».

²¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado Ponente Dr. Julio Enrique Socha Salamanca Radicación 35132 (17-11-2010). Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

Por lo anteriormente expuesto, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, es decir, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias, por tal motivo la interpretación que se le debe dar al artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable «y las demás que establezca la ley» es bastante restringido.

5. Nulidad por violación a las garantías fundamentales

En lo que concierne al artículo 457²¹² de la Ley 906 de 2004, disposición íntimamente relacionada con las estudiadas anteriormente, por consagrar la nulidad por violación a garantías fundamentales, como causal de nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

La Corte Constitucional²¹³ considera que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba haya sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso.

En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de *lesa humanidad* imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo.

²¹² Nulidad por violación a garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

²¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

Tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso,²¹⁴ sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión.

No obstante lo anterior, entiende la Corte²¹⁵ que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, «*motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza*».

Sin lugar a dudas, resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

6. Ilícitud e ilegalidad de EMP y EF

La prueba ilícita es aquella que se circunscribe exclusivamente a la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales, los cuales pueden tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de prueba, sino, también en el momento de su incorporación y producción en el proceso.²¹⁶

Podemos mencionar aquí aquellas pruebas que se han practicado sin la observancia del respeto a las garantías constitucionales, como son la oralidad, la publicidad, la intermediación, entre otras.

²¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación 33901 del 5 de mayo de 1997. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/csjt.jsp>

²¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU 159 de 2002, Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

²¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. Editorial José María Bosch, 1999. Imprenta Universitaria de Bogotá 1996, reimpresión 2003.

Las *Reglas de Mallorca*²¹⁷ al respecto señalan que no se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, que quebran-ten derechos fundamentales y su vulneración acarrearán la nulidad de pleno derecho de las resoluciones judiciales que las utilicen.

La prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana.²¹⁸ En el mismo sentido, para el maestro Carnelutti, la prueba ilícita o prohibida se refiere a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba, y la prueba ilegal cuando el medio de prueba se realiza contraviniendo la norma que lo regula.

La génesis en nuestro país sobre la prueba ilegal e ilícita, emana de la Constitución Política²¹⁹ y su control en el proceso penal de corte acusatorio le corresponde inicialmente al Juez de Control de Garantías, quien debe analizar y sopesar, no las pruebas, sino las evidencias físicas y los elementos materia-les probatorios, a fin de establecer si son medios de conocimiento obtenidos lícitamente y legalmente allegados.

La Corte Constitucional²²⁰ marcó su línea jurisprudencial sobre el tema de la exclusión de la prueba ilícita, en donde se dijo en dicha oportunidad, al referirse inclusive al propio artículo 29 de la Constitución Política:

[...] La nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí [...]. Más adelante,²²¹ este ente de control constitucional, establece que «[...] una interpretación armónica del artículo 29 de la Carta junto a las nuevas disposiciones constitucionales que estructuran el modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, vale decir, que en las etapas anteriores al juicio existe plenamente la posibilidad de excluir pruebas, así como también elementos materiales probatorios y evidencia física.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia²²² define el concepto de prueba ilícita y prueba ilegal y señala sus consecuencias:

²¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Reglas de Mallorca. Regla 33.

²¹⁸ GÓMEZ O. José Alejandro. Op. cit., p 69.

²¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Op. Cit., Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 29, inciso final, que consagra la regla general de exclusión, al disponer: «Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

²²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-372 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

²²¹ Ibíd Sentencia C-591 de 2005. Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

²²² Ibíd Sentencia de Casación Penal, Radicación 20487. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

[...] Se entiende por prueba ilícita, la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La Corte igualmente ha señalado cuál es la consecuencia, cuando estamos frente a una prueba ilícita:

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que esta.

Sobre la prueba ilegal, la Corte²²³ determinó que: «*La prueba ilegal, se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el art. 29 superior*».

Ahora bien, sobre las consecuencias jurídicas advierte la citada sentencia: «*En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba*».

El Código de Procedimiento Penal regula la legalidad de la prueba, al señalar:²²⁴ El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Por vía de ilustración serán *ilegales* las evidencias y elementos probatorios obtenidos por medio de registro personal y toma de muestras que involucren al imputado, cuando estas diligencias se practican sin autorización del funcionario competente.²²⁵

En tales supuestos, la *ilegalidad* dimana de la vulneración del bloque de constitucionalidad, de la Carta o de la ley; y no de algún defecto en la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* de la evidencia.

Lo anterior significa que el tema de la ilegalidad de los medios de conocimiento en el sistema acusatorio, es un tema de exclusión. Un momento prepon-

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., artículo 360.

²²⁵ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/cs/jt.jsp>

derante para que las partes soliciten la exclusión de estos medios de prueba que no revistan la legalidad, es en la audiencia preparatoria.

El Código de Procedimiento Penal trae una serie de regulaciones jurídicas acompañadas con procedimientos técnicos y científicos que buscan que los procedimientos criminalísticos y forenses se ajusten a la legalidad. Incluso hay normas en blanco como lo es el Artículo 213 de la Ley 906 de 2004 que ordena a la Fiscalía General de la Nación disponer de protocolos, que serán de riguroso cumplimiento.

A manera de ejemplo, si la Fiscalía presenta un informe de investigador de campo²²⁶ o un informe de investigador de laboratorio²²⁷ sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la norma procedimental, tales informes podrán ser excluidos, por tratarse de unos medios probatorios ilegales, pues va en contra de los requisitos que la ley demanda.

El citado artículo 213 dispone que la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física dependa de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

En tales supuestos, la *ilegalidad* dimana de la vulneración del bloque de constitucionalidad, de la Carta o de la ley; y no de algún defecto en la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* de la evidencia.

El principio rector de Legalidad,²²⁸ en cuanto al descubrimiento de los medios de conocimiento, es uno de los parámetros que condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del juez; y por la necesidad de observar las formas propias del juicio.²²⁹ Tan es así, que si llegare a practicarse una prueba que no fue descubierta y pese a ello se utiliza como fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de casación es factible aplicar la regla de exclusión, por mandato constitucional²³⁰ y de la ley,²³¹ según el cual, el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal.

²²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 209.

²²⁷ *Ibíd.*, Art. 210.

²²⁸ *Ibíd.*, Art. 6°.

²²⁹ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Op. Cit., Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 29.

²³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Artículo 360 –Prueba ilegal-

Con lo anterior podemos deducir que si se demuestran defectos en la *cadena de custodia, acreditación o autenticidad* y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene *ilegal* y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

Si las partes no cuestionan la *cadena de custodia, la acreditación, ni la autenticidad* de las evidencias, el juez no está obligado a emitir un pronunciamiento expreso sobre el asunto, a menos a que el propio funcionario judicial tenga razones para dudar acerca de alguno de esos tópicos. En esta hipótesis por ser el juez el destinatario final de la prueba, tendrá que disponer lo que estime conveniente dentro de su marco funcional.²³²

7. Línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en torno a la exclusión de EMP y EF

En los últimos años, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido sendas sentencias en torno a la legalidad e ilicitud de los procedimientos, en las que se observa claramente que no existe una línea jurisprudencial definida en torno a este importante tema.

De una parte, mientras en varias sentencias solucionan el problema del manejo de la evidencia física desde el punto de vista de su autenticidad como un asunto de valoración en el juicio oral y su censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción como un error de hecho derivado del falso raciocinio y no un problema de ilegalidad que conlleve a la exclusión; por el contrario, son varias las sentencias²³³ de este máximo tribunal de justicia, donde la Sala de Casación Penal, opta por señalar que, en realidad, las impugnaciones relacionadas con la violación de las reglas reguladoras de la cadena de custodia y autenticidad de las evidencias físicas necesariamente deben dirigirse por vía del error de derecho por falso juicio de legalidad.

En este sentido, la primera línea jurisprudencial (error de hecho derivado del falso raciocinio y no un problema de ilegalidad) está dada por las sentencias: Radicación 37943 15 febrero de 2012, Radicación 31843 del 15 de junio de 2011, Radicación 34173 del 21 de julio de 2010, Radicación 32361 del 15

²³² COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicación 25.920 de 2007. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²³³ Durante los años 2006 y 2017.

de septiembre de 2010, Radicación 31898 del 5 de agosto de 2009, Radicación 30598 del 19 de febrero de 2009, Radicación 31417 del 18 de mayo de 2009, Radicación 28195 del 08 de octubre de 2008 y Radicación 25920 del 21 de febrero de 2007.

La segunda línea jurisprudencial (error de derecho por falso juicio de legalidad) por las sentencias: Radicación 35173 del 09 de marzo de 2011, Radicación 29877 de 1 agosto de 2011, Radicación 34854 del 17 de noviembre de 2010, Radicación 35132 del 17 de noviembre de 2010, Radicación 33691 del 14 de abril de 2010, Radicación 32193 del 21 de octubre de 2009, Radicación 30838 del 31 de julio de 2009, Radicación 29747 del 27 de mayo de 2009, Radicación 28628 del 03 de marzo de 2009, Radicación 29416 del 23 de abril de 2008 y Radicación 25260 del 23 de mayo de 2006 y la reciente línea jurisprudencial, en la que le da mayor relevancia a la demostración de la autenticidad de los EMP y EF.

Radicación 35.127 del 17 de abril de 2013, Radicación 41.908 del 3 de septiembre de 2014, Radicación 43.691 del 5 de agosto de 2014, Radicación 47.178 del 16 de diciembre de 2015, Radicación 46.153 del 30 de septiembre de 2015, Radicación 45.469 del 29 de abril de 2015, Radicación 43.916 del 31 de agosto de 2016 y Radicación 44.741 del 18 enero de 2017.

Vale aclarar que la sentencia radicación 36562 del 13 de junio de 2012, si bien no se trata de una demanda de casación, transita bajo el mismo argumento de la exclusión de EMP y EF en la audiencia preparatoria con fundamento del error de derecho por falso juicio de legalidad.

Como veremos más adelante, desde el 2006 hasta el 2017,²³⁴ la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios fallos en los que, poco a poco, ha venido reconociendo la importancia del adecuado manejo de elementos materiales probatorios y evidencias físicas, conllevando a que su incumplimiento se trate como ilegalidad y por ende su exclusión.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha emitido otros fallos en los que considera que el inadecuado manejo de EMP y EF no conlleva a su exclusión por ilegalidad o ilicitud, sino, que se deben valorar en el juicio oral y público por parte del juez de conocimiento, y es así como en la reciente jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en manifestar que lo que se debe tener en cuenta es la demostración de la autenticidad.

²³⁴ Este estudio se termina en febrero de 2017.

CUADRO 1: INSEGURIDAD JURÍDICA EN TORNO AL MANEJO DE EMP Y EF EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIAS FÍSICAS PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y LICITUD		
ERROR HECHO POR FALSO JUICIO DE RACIOCINIO (VALORACIÓN)	AÑO	ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD
44.741 del 18 enero	2017	
43.916 del 31 de agosto	2016	
45.469 del 29 de abril 46.153 del 30 de septiembre 47.178 del 16 de diciembre	2015	
43.691 del 5 de agosto 41.908 del 3 de septiembre	2014	
35.127 del 17 de abril	2013	
37.943 15 febrero 39.186 del 27 de junio	2012	36.562 del 13 de junio
31.843 del 15 de junio	2011	35.173 del 09 de marzo 29.877 de 1 agosto 28.149 del 9 de agosto (Operación Fénix Raúl Reyes.)
34.173 del 21 de julio 32.361 del 15 de sept	2010	34.854 del 17 de Nov. 35.132 del 17 Nov. 33.691 del 14 de abril
31.898 del 5 de agosto 30.598 del 19 de febrero 31.417 del 18 de mayo	2009	32.193 del 21 de Oct. 30.838 del 31 de jul. 29.747 del 27 de mayo 28.628 del 03 de marzo
28.195 del 08 de octubre	2008	29.416 del 23 de abril
25.920 del 21 de febrero.	2007	
	2006	25.260 del 23 de mayo

Fuente: Revisión jurisprudencial ENERO 2006 – ENERO 2017, realizada por Hernando Ordóñez Ramírez y María Inés Muriel Puerto, página web www.ramajudicial.gov.co/cs/csjt.jsp.

7.1. Error de derecho por falso juicio de legalidad

Veamos algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en torno a esta causal de casación:

7.1.1 Sentencia con radicación 25.260 de mayo 23 de 2006

[...] ha de recordarse que el tema de los errores en el proceso de formación probatoria, al no estar vinculado en relación causativa con la actuación subsiguiente que compone el rito legal y constitucional, sólo puede ser debatido en sede extraordinaria al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por falso juicio de legalidad, toda vez que de hallar demostración, el vicio no tendría el efecto de invalidar la sentencia, sino el de cambiar su sentido si, al prosperar el cargo, el resto del material probatorio no resulta suficiente para sustentar la adoptada en el fallo objeto de impugnación.²³⁵

7.1.2. Sentencias con radicación 30838 del 31 de julio de 2009 y 32193 del 21 de octubre de 2009, 35132 y 34854 del 17 de noviembre de 2010

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances y cobertura hacia los «actos de investigación» y «actos probatorios» propiamente dichos es aquella «en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a los procedimientos previsto en la ley».²³⁶

7.1.3 Sentencia con radicación 34854 del 17 de noviembre de 2010

El error de derecho en cita de que trata el cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan «nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso», imperativo que de igual se reprodujo en los artículos 23 y 455 –comprendidas sus salvedades– del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 ejusdem en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto-sanción de «inexistencia jurídica» y por ende de exclusión cuando de pruebas «ilícitas» o «ilegales» y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

²³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación No. 25.260 de mayo 23 de 2006. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²³⁶ Ibíd, Magistrado Ponente Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Rad 35132 de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

[...] la prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los actos de investigación y actos probatorios propiamente dichos, es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.²³⁷

7.1.4 Sentencia con radicación 35132 del 17 de noviembre de 2010

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances y cobertura hacia los «actos de investigación» y «actos probatorios» propiamente dichos es aquella «en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley».²³⁸

En orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad que recaiga sobre medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se producen normativamente son efectos idénticos de exclusión, dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política se predicen «nulos de pleno derecho. ...En esa medida, se entiende que ese efecto se transmite a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, porque como es de lógica jurídica las inexistencias jurídicas no pueden dar lugar a «reflejos de existencias jurídicas».

Si de acuerdo con los mandatos del artículo 29 en cita, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho, que deben excluirse, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, es decir, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias.

²³⁷ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, El concepto..., Op.. cit., p. 47.

²³⁸ *Ibíd* P 47.

7.1.5 Sentencia con radicación 35173 del 9 de marzo de 2011

La misma Corporación²³⁹ al citar las providencias del 23 de abril de 2008²⁴⁰ (Radicado No. 29416) y 14 de abril de 2010.²⁴¹ (Radicación 33691) expresó:

Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades -las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia- tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción. Los ataques que en casación penal se efectúan por menoscabo de los postulados de la sana crítica referidos a la valoración de los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, parten de la base de la licitud o legalidad de aquellos con los que se han efectuado inferencias carentes de credibilidad por desconocimiento de máximas de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia. En su contrario, las impugnaciones que tienen relación con las ilicitudes o ilegalidades predicadas de los medios de convicción en general, como es de procedencia casacional, deben transitar por el error de derecho por falso juicio de legalidad y no se pueden trasladar a los falsos juicios de raciocinio en orden a derruir su credibilidad, inducciones, deducciones o aspectos conclusivos pues ello resulta inapropiado y contradictorio. Cuando no se trate de ilegalidades o de ilicitudes referidas al procedimiento de la cadena de custodia de elementos materiales y evidencia física, sino de cuestionar la equivocada apreciación y valoración pericial o de los juzgadores que se ha dado a aquellos con los cuales se han construido indebidas inferencias lógicas y de conclusión, es claro que se debe acudir a la vía del error de hecho por falso raciocinio, sendero de impugnación en el que encuentran cabida todos los menoscabos y afectaciones de trascendencia que se hubiesen dado a los postulados de la sana crítica por desconocimiento de máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia.

Lo anterior por resultar claro que la cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del *principio de mismidad*, según el cual el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y ha de contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

²³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Magistrada Ponente Dra. María del Rosario González de Lemos, Radicación 35173, del 9 de marzo de 2011. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁴⁰ *Ibíd.*, Magistrado Ponente Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Radicación 29416, del 23 de abril de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁴¹ *Ibíd.*, Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Radicación No. 33691, del 14 de abril de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

Si en tales condiciones, el error de derecho por falso juicio de legalidad se presenta cuando el fallador asigna validez a un medio de prueba, a pesar de que en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para el efecto, y también cuando el juzgador deja de apreciar algún elemento de convicción, por considerar erróneamente que en su recaudo se desatendieron dichas reglas, no hay duda de que el quebranto de las normas reguladoras de la cadena de custodia configura un yerro de dicha naturaleza.²⁴²

7.1.6 Sentencia con radicación 29877 del 18 de mayo de 2011

La Corte Suprema de Justicia²⁴³ emitió el fallo inhibiéndose de investigar al Congresista Wilson Borja, al ser investigado por su vínculo con las FARC, al analizar nueve (9) elementos materiales probatorios de ordenación de datos, entre computadores, discos duros y dispositivos USB, encontrados en territorio de la vecina República del Ecuador por *cuarenta y ocho (48) unidades del Ejército Nacional, Policía Nacional (COPEL) y Armada Nacional*. La Corte en dicha Sentencia señaló:

De esos sucesos se sigue que las fuerzas armadas colombianas, dentro del marco de la «Operación Fénix», ejercieron poderes de policía judicial que no tenían,²⁴⁴ registrando lugares y recogiendo elementos materiales de conocimiento que luego ingresaron al país, dejando unos reductos de evidencias, lo que significó desatención a la cooperación judicial, pasando por alto que las pruebas provenientes del exterior no son ajenas al principio de legalidad y con él al de un «debido proceso».²⁴⁵

Por eso, como el territorio del Estado colombiano demarca la medida y límite de sus autoridades, por principio de competencia, sus agentes, a menos que tengan anuencia del otro Estado y sigan las reglas dispuestas por los tratados y convenios internacionales, no pueden producir «pruebas legales», válidas o legítimas, más allá de las fronteras nacionales. La producción o práctica de pruebas en el exterior también atiende a un «debido proceso»; no se pueden recoger de manera informal, de facto, sino siguiendo un método legal, en el que está involucrado no solo el derecho nacional sino también el de los Estados concernidos.

²⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Magistrada Ponente Dra. María del Rosario González, Radicación 35173, del 9 de marzo de 2011.

²⁴³ *Ibíd.* Magistrado Ponente Dr. Javier Zapata Ortiz. Radicación. 29877 mayo 18 de 2011. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁴⁴ Para tal efecto no existió ningún mandato, intervención o autorización previa, de autoridad judicial competente.

²⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU. 1300 del 6 de dic 2001 M.P. Rodrigo Garavito Hernández Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Muchos han criticado esta decisión, otros la han aplaudido, lo cierto de todo es que esta decisión corresponde a la nueva línea jurisprudencial que ha venido trazando la Corte en esta materia, luego su decisión en nuestro criterio no obedece a un asunto coyuntural o político, sino, a una postura jurisprudencial que como ya se dijo se debe considerar doctrina.

Esta reiteración jurisprudencial, en torno al mismo tema, conlleva a que los jueces deban aplicar la jurisprudencia y sobre todo si ya hay una demarcada línea jurisprudencial en torno al tema, pues así lo establece la *«Ley 169 de 1896 Artículo 4, al señalar que: Las sentencias judiciales no son fuente del Derecho Penal, pero tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia actuando como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, que sean uniformes, constituyen doctrina probable y se podrán aplicar a casos análogos»*.

Finalmente, retomamos estas líneas donde debe quedar claro que el fin no justifica los medios, por el contrario los medios deben justificar el fin, es decir: «Es necesario enterrar, de una vez y para siempre, la idea de Kant y Hegel acerca del Estado y la Justicia como bienes absolutos. La idolatría estatal debe ser sustituida por la consideración del «bien común en una sociedad democrática», tal como lo hacen las modernas declaraciones internacionales de corte humanitario y, entre ellas, la «Convención Americana sobre Derechos Humanos» (Pacto de San José de Costa Rica) que constituye derecho positivo nacional conforme al art. 15 de la Ley 15.737». ²⁴⁶

A manera de conclusión parcial se señala lo que reiteradamente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, dejando atrás la errónea interpretación por el inadecuado manejo de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. [...] se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad que recaiga sobre medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se producen normativamente son efectos idénticos de exclusión, dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política se predicen «nulos de pleno derecho».

²⁴⁶ BERNARDETTE, Minvielle. La prueba Ilícita y el debido proceso penal. Enfoque constitucional de la búsqueda de prueba en el proceso penal. Montevideo. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. 1988. p 172

7.1.7 Sentencia con radicación 36562 del 13 de junio de 2012

En sentencia²⁴⁷ de segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una decisión que profiriera en primera instancia un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

En esta decisión, la Sala de Casación Penal, aclara muy didácticamente que el escenario para las solicitudes de exclusión de medios de conocimiento es la audiencia preparatoria.

Veamos sus apartes:

[...] Así, en torno a los elementos de convicción a utilizarse en el juicio, debe quedar claro que en la audiencia preparatoria, luego de que se culmina el descubrimiento²⁴⁸ (356.1.2), el juez que la preside, debe dar curso a los siguientes pasos:

- La enunciación de lo que cada parte solicitará (356.3), a fin de que antes de que cada una eleve su petición formal, ya sepa lo que será objeto de petición por la otra, en el entendido de que no todo lo descubierto tiene necesariamente que ser solicitado.
- La concreción de las solicitudes probatorias con la fundamentación de su pertinencia (357).
- La posibilidad de que cada contendiente pueda pronunciarse sobre las peticiones del otro, siendo procedente en este estadio la realización de estipulaciones probatorias y la solicitud de inadmisión, rechazo o exclusión de los medios de convicción impetrados.
- Finalmente debe emitirse un pronunciamiento (decreto), decisión en la cual el juez, además de indicar cuál será la prueba a practicarse en el juicio, se ocupa de resolver las peticiones formuladas hasta ese momento procesal por las partes e intervinientes,²⁴⁹ de señalar el orden en que habrán de practicarse (362); y antes de concluir la audiencia preparatoria procederá a la fijación de la fecha en que habrá de celebrarse el juicio oral.

En la misma providencia este Alto Tribunal de Justicia señala. Conviene aclarar que la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

²⁴⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicación 36562 de 2012. Op. cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/csjt.jsp>

²⁴⁸ Al cual también están obligados tanto el representante de víctimas como del Ministerio Público, en caso de tener pretensiones probatorias, según lo indicó esta Corporación en auto de segunda instancia de 7 de diciembre de 2011, radicado 37596. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co>

²⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007 Op. cit., Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Finalmente sobre la competencia del Juez de Control de Garantías, la Corte concluyó: *Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad; si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud y si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad.*

La importancia de esta providencia de la Corte Suprema de Justicia, deja sin piso la sentencia con radicación 37943 del 15 de febrero de 2012, que había señalado que el escenario de exclusión se da en el juicio oral y que los problemas de ilegalidad del manejo de la evidencia física no debe conllevar a su exclusión en la audiencia preparatoria.

7.2. Error de hecho por falso juicio de raciocinio

No se puede desconocer y dejar de referenciar el concepto contrario que ha asumido la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de casación Penal, al resolver el inadecuado manejo de los EMP y EF un error de hecho derivado del falso raciocinio:

En primer lugar, y por ende por su orden cronológico, es imperioso resaltar la sentencia bajo Radicación 25920 de 2007, siendo la primera sentencia que tocó con claridad el tema de los defectos en la cadena de custodia, en donde se señaló que la prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción o valoración. Veamos algunos apartes:

7.2.1 Sentencia con radicación 25920 del 21 de febrero de 2007

La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.²⁵⁰

²⁵⁰ COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 25920 de 2007. Op.cit., Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio. En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos estos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce.

Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.

7.2.2 Sentencia con radicación 28195 del 08 de octubre de 2008

Retoma el mismo concepto planteado en la Sentencia 25920 de 2007 al señalar: *cualquier error o irregularidad que se manifieste en el sistema de cadena de custodia no implica la ilegalidad del medio probatorio sino tan solo el cuestionamiento de su mérito o fuerza de convicción.*²⁵¹

7.2.3. Sentencia con radicación 30598 de febrero 19 de 2009

Impera recordar que los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada cadena de custodia no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aun en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida, ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo.²⁵² De igual forma, es claro que tampoco la ruptura en la cadena de custodia supone necesariamente la inadmisión del elemento material probatorio, asunto diverso es que el juez pueda inadmitir la prueba, no por considerarla ilegal, pues como quedó visto no lo es, sino por carecer de fuerza demostrativa en cuanto atañe al thema probandum del diligenciamiento, al advertir falencias en su recolección, su producción o su autenticidad. La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del

²⁵¹ *Ibíd.* Magistrado Ponente Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, Radicación 28195, del 8 de octubre de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁵² *Ibíd.*, Magistrada Ponente Dra. María Del Rosario González de Lemos, Radicación 30598, del 19 de febrero de 2009. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores. No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no solo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aun, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.

7.2.4 Sentencia con radicación No. 34173 de julio 21 de 2010

*[...] la ya decantada postura de la Corporación, según la cual los defectos en la cadena de custodia no tienen incidencia en la legalidad de la aducción de la prueba sino en el poder suasorio que solamente el juez le puede conceder...*²⁵³

7.2.5 Sentencia con radicación 31898 de agosto 5 de 2009

Así planteado el reproche, resulta claro que el casacionista dirige su argumento a un terreno que se aparta de los fundamentos de la vía de censura seleccionada, para caer los del *falso raciocinio*, pues las irregularidades en la cadena de custodia es asunto que tiene incidencia en el poder suasorio o credibilidad de la prueba, tal como la Corte lo ha precisado [...].²⁵⁴

7.2.6 Sentencia con radicación No. 32361, sept 15 de 2010

Importante es precisar, además, que el proceso de cadena de custodia no es en sí mismo un fin, sino un medio, a través del cual se busca asegurar la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal. Si el protocolo de cadena de custodia se cumple correctamente, la normatividad procesal presume que el elemento o la evidencia que se pretende hacer valer en el juicio, son genuinos.

Artículo 277. Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. Pero esto no significa, como pareciera entenderlo el demandante, que si no se cumple el procedimiento de custodia, o no se lleva a cabo en la forma correcta, el elemento probatorio o la evidencia física se afecten de ilegalidad por este solo motivo y deban por ello marginarse del acervo probatorio.

²⁵³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Radicación 34173 de julio 21 de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁵⁴ *Ibíd.* Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Radicación 31898 de agosto 5 de 2009. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

La misma norma, en su inciso segundo, establece que cuando los elementos probatorios o la evidencia física no son sometidos a cadena de custodia, la obligación de demostrar la autenticidad queda a cargo de la parte que los presente, preceptiva de la que surge con absoluta nitidez que este procedimiento no es el único medio a través del cual se puede establecer la autenticidad del elemento, ni por ende, una condición necesaria de legalidad, la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.

Esto significa que el demandante, cuando plantea un ataque en casación por este motivo (falta de autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física), debe probar no sólo que el proceso de cadena de custodia no se cumplió, o que se cumplió irregularmente, sino que la autenticidad del elemento no se probó por otros medios, y desde luego, que existen motivos razonables para pensar que la *prueba no es genuina, o que pudo haber sido alterada, modificada o falseada, labor de acreditación que no es llevada a feliz término en el caso analizado.*²⁵⁵

7.2.7 Sentencia con radicación 37943 del 15 de febrero de 2012

La jurisprudencia de la Sala tiene establecido que los defectos en la cadena de custodia no tienen incidencia en la legalidad de la aducción de la prueba sino en el poder suasorio que solamente el juez le puede conceder, para así obtener una apreciación favorable a sus intereses.

En efecto, ha precisado lo que han repetido la mayoría de sentencias que acogen esta línea jurisprudencial plasmada en la sentencia hito 25920 de 2007:

La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc. no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad, decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.²⁵⁶

7.2.8 Sentencia con radicación 35127 del 17 de abril de 2013

[...] Así las cosas, el ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, sino que la autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación.

²⁵⁵ *Ibíd.* Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez. Radicación 32361 de septiembre 15 de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

²⁵⁶ *Ibíd.*, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación 37943 de febrero 15 de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

[...]. Los anteriores lineamientos dejan ver, entonces, que el apoderado de Castro Aponte se equivoca al reclamar la exclusión probatoria como consecuencia de las anomalías en la cadena de custodia. No obstante, lo cierto es que el argumento casacional carece de idoneidad para cualquier propósito, incluido el de demostrar una afectación en el poder suasorio de la prueba, pues el impugnante omite considerar las particularidades que rodearon la recolección de los elementos materiales de convicción.

7.2.9 Sentencia con radicación 43691 del 5 de agosto de 2014

[...] Nótese, pues, que son varias las razones del a quo para conferirle credibilidad a la mentada evidencia, amén que su autenticidad no únicamente se acredita al quedar establecido que no hubo ninguna alteración sustancial de dicho elemento de almacenamiento sino debido a que varios de los insurgentes acusados se reconocieron e identificaron a otros militantes del grupo delincuencia en dicha base de datos de hojas de vida de la guerrilla...Descartado como está que no existe ningún problema de autenticidad de la USB y de la información en ella contenida, es apenas obvio que el testimonio de Natalia del Pilar Lara Álvarez no podría, por ningún motivo, ser considerado como prueba derivada de otra de carácter ilícito o ilegal, pues aquella evidencia no solo es lícita y legal sino que satisface el principio de mismidad.

7.2.10 Sentencia con radicación 46153 del 30 de septiembre de 2015

[...] la relación de testigos, peritos, evidencias físicas y documentos que debe hacerse en el escrito de acusación es relevante para el descubrimiento probatorio y los fines que le son inherentes. Las decisiones sobre la enunciación de las pruebas que la parte pretende hacer valer en el juicio y la explicación de pertinencia de las mismas están reservadas a la audiencia preparatoria. Como la autenticación de evidencias físicas y documentos tiene un claro contenido factual, la parte podrá indicar en la audiencia preparatoria los medios de prueba que pretende utilizar para realizar la demostración de ese aspecto en particular.

7.2.11 Sentencia con radicación 43916 del 31 de agosto de 2016

[...] la autenticación de las evidencias físicas no es otra cosa que **probar** que una cosa es lo que la parte plantea según su teoría del caso, tal y como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras)...El carácter probatorio de la autenticación está consagrado expresamente en la Ley 906 de 2004. Así, el artículo 277 establece que «la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que la presente»; y el artículo 426 precisa que «la autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes...».

7.2.12 Sentencia con radicación 44741 del 18 de enero de 2017

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, atrás citado, correspondía a la Fiscalía la demostración de la autenticidad de la cuestionada evidencia física. Esa obligación material en manera alguna puede ser obviada y mucho menos sustituida con predicados presuntivos como el de la buena fe y la prudencia, cuando en

realidad la existencia del arma de fuego constituye para el delito imputado el eje de la tipicidad de la conducta endilgada... Así las cosas, no es posible determinar que el arma de fuego al que en extenso se refirió el perito John Jairo Sánchez Gómez, sea la misma recogida en el lugar de los hechos por los agentes de policía y que, según la teoría de la Fiscalía, era portada sin permiso de autoridad competente por el acusado MARTÍNEZ PALECHOR.

8. Errores de apreciación probatoria

La jurisprudencia²⁵⁷ ha señalado en reiteradas sentencias que existen dos clases de errores en la apreciación probatoria, el error de derecho y el error de hecho.

Los errores de derecho se subdividen en: falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción, vicios que son ontológicamente diferentes.

El juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar la prueba al proceso, con el Principio de Legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y las formalidades exigidas para cada medio, de suerte que el dilate se cristaliza cuando el fallador valora o aprecia un medio de prueba que desconoce alguna de esas ritualidades, o porque califica de ilegal una que sí las satisface y por tanto es válida.

El juicio de convicción consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una «tarifa legal» en la cual por voluntad de la ley corresponde a las pruebas un valor demostrativo predeterminado o de persuasión único que no puede ser alterado por el intérprete.

En consecuencia, se incurrirá en error por falso juicio de convicción cuando se niega a la prueba ese valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder uno distinto. Sin embargo, al desaparecer la tarifa probatoria en materia procesal penal, sustituida por el sistema de la sana crítica previsto en los artículos 238, 257, 277, 282 y 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en principio, no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, porque la legislación penal, en materia de pruebas, no somete, por regla general, su raciocinio a evaluaciones dependientes de una tarifa legal probatoria.

²⁵⁷ *Ibíd*

Los errores probatorios de hecho, a diferencia de los de derecho, obligan a quien los invoca, a aceptar que la prueba respecto de la que los alega fue reconocida por el funcionario como legal, regular y oportunamente allegada al proceso, toda vez que lo discutido constituye vicios fácticos que se desarrollan en tres modalidades: falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Incorre en *falso juicio de existencia* el fallador que omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al proceso (falso juicio de existencia por omisión), o cuando, por el contrario, hace precisiones fácticas a partir de un medio de convicción que no forman parte del proceso, o que no pertenecen a ninguno de los allegados (falso juicio de existencia por suposición).

El *falso juicio de identidad* se diferencia del anterior en que el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado, pero, al aprehender su contenido, le recorta o suprime aspectos fácticos trascendentes (falso juicio de identidad por cercenamiento), o le agrega circunstancias o aspectos igualmente relevantes que no corresponden a su texto (falso juicio de identidad por adición), o le cambia el significado a su expresión literal (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación).

La acreditación de un falso juicio de existencia o de un falso juicio de identidad, por tratarse de vicios objetivos contemplativos, es en extremo elemental.

En el primer caso basta con identificar el contenido de la prueba omitida y el lugar en el que esta se halla adosada a la actuación, o con señalar la precisión fáctica que corresponde a un medio de prueba extraño a la actuación o que no pertenece a alguno de los legalmente aportados; y en el segundo, es suficiente con la comparación de lo que de manera fidedigna revela la prueba, con la síntesis o aprehensión que su contenido hizo el funcionario, en aras de evidenciar el cercenamiento, la adición o la tergiversación de su texto.

Finalmente, el *falso raciocinio* difiere de los anteriores, en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla, al sopesarla, le asigna un poder suasorio que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o sentido común, o las leyes de las ciencias, y en tales eventos el demandante corre con la carga de demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio

lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto.

No sobra destacar que, adicionalmente, como es sabido, bien se trate de errores de derecho o ya de hecho, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su trascendencia o, lo que es lo mismo, que de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo desaguisado.



CONCLUSIONES

- Tanto en los eventos de ilicitud como en los de ilegalidad que recaiga sobre elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión, dadas las inexistencias jurídicas por tratarse, en esos eventos, de medios de convicción que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, se predicen «nulos de pleno derecho».
- La evidencia física y los elementos materiales probatorios son considerados en el Sistema Penal Acusatorio, como medios de conocimiento, a la par con otros medios, considerados en el sistema mixto como medios de prueba, tales como el testimonio, la inspección, documentos y la prueba pericial.
- Los elementos materiales probatorios y evidencias físicas son dos conceptos que, jurídicamente, en lo que respecta a la ley procesal penal colombiana son sinónimos, pero que atendiendo a su etimología, son diferentes, es decir, mientras las evidencias físicas son todos los elementos que se encuentran en el lugar del hecho, los elementos materiales probatorios son aquellas evidencias que tienen relación con los hechos relevantes penalmente.
- La prueba ilícita es aquella que se circunscribe exclusivamente a la obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales, los cuales pueden tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de prueba, sino, también en el momento de su incorporación y producción en el proceso, de otra parte, la prueba ilegal, se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En ambos casos se aplica la regla de exclusión como lo indica el art. 29 superior.
- Cada elemento material probatorio y evidencia física que las partes pretendan hacer valer en el juicio deberá estar precedida de ciertas exigencias legales, cumplimiento de protocolos, manuales de procedimiento, entre otros, so pena de ser viciados de ilegalidad y podrán ser excluidos en la audiencia preparatoria.

- Los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que las partes pretendan hacer valer en el juicio, obtenidas con violación a los derechos fundamentales, deberán ser declaradas ilícitas y podrán ser excluidos en la audiencia preparatoria.
- Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.
- El momento procesal en el que el juez debe ocuparse de todos los aspectos relacionados con la inclusión de la prueba en el juicio, es la audiencia preparatoria, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión so pretexto de mantener incólume su imparcialidad, toda vez que es aquella el escenario natural de tales discusiones y no otro; al punto que de advertir afectada esa esencial condición para afrontar el juicio, puede hacer uso de las causales de impedimento previstas a fin de separarse del conocimiento del asunto.

RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones van dirigidas de una parte, a toda persona que interactúe con la Administración de Justicia, bien sea en calidad de juez, fiscal, defensor o de investigadores del ente acusador como de la defensa; de otra parte, a estudiantes y aquellas personas que deseen conocer este importante tema que como se ha presentado, ha sido muy polémico, incluso a nivel del máximo Tribunal, esto es, la Corte suprema de Justicia.

- El investigador de la defensa o del ente acusador, debe tener en cuenta que el manejo de EMP y EF en el sistema Acusatorio Colombiano, deberán estar precedidas de ciertas exigencias legales, so pena de ser afectadas por exclusión, rechazo o inadmisibilidad, bien se trate de que la evidencia esté afectada por ilegalidad o ilicitud, vicios en el descubrimiento o por ser impertinente, inconducente o innecesaria.
- La búsqueda, recolección, embalaje, transporte, almacenamiento y análisis de EMP o EF, a cargo del investigador, tiene que cumplir unos requisitos procedimentales, tanto científicos como jurídicos; pues su cumplimiento juega un papel importante desde la óptica de la legalidad y la licitud.
- En el recaudo de EMP y EF no solo debe tenerse en cuenta aspectos sustanciales en su proceso, sino, las formalidades legales, los manuales de criminalística y protocolos desarrollados.
- Corresponde al juez, en la audiencia preparatoria, ocuparse de todos los aspectos relacionados con la inclusión de EMP y EF en el juicio oral, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 1996.
- ARIAS DUQUE, Juan Carlos. La prueba técnica y la no autoincriminación. El proceso Penal Acusatorio Colombiano. Nuevo Manejo de la prueba. Tomo I. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Association of Firearm and Toolmark Examiners Glossary. 2001.
- AVELLA FRANCO Pedro Oriol. La estructura del Proceso Penal. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 1ra Edición. Bogotá Imprenta Nacional de Colombia. 2007.
- BERNARDETTE, Minvielle. La prueba ilícita y el debido proceso penal. Enfoque constitucional de la búsqueda de prueba en el proceso penal. Montevideo. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. 1988. p 172
- BIASOTTI, A. And MURDOCK, J., «Criteria For Identification» or «State of Art» of Firearms and Toolmark Identification. EN: Journal of Firearms and Toolmark Examiner, Vol. 16, No. 2, Oct. 1984.
- CARP, Robert. Judicial Process in America, Universidad de Houston, 1990 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Waller vs. Georgia, U.S. 39 (1984).
- CORDÓN MORENO, Faustino, Las garantías constitucionales del proceso penal, segunda edición. Editorial Aranzadi, 2002, p. 235.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales. Bogotá. D.C. Editorial Legis. 2008.
- CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edit. Forum, 1995.
- _____. Tratado de Derecho Probatorio. Publicaciones JTS. Estados Unidos de Norte América. Reimpresión 2005. Tomo II.
- DE FOREST, Gaensslen, and Lee, Forensic Science, EN: An Introduction to Criminalistics. New York: McGraw-Hill. 1983.
- FLORIÁN, Eugenio. De las pruebas penales. Bogotá. Editorial Temis. Tomo II, cuarta reimpresión de la Tercera Edición. 2002.
- GEBERTH, Bernon J. Practical Homicide Investigación. Tactics, Procedures, and Forensic Techniques. Third Edition. CRC Press. United States of América. 1996.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid. Editorial Constitución y Leyes S.A.1990.
- GRZYBOWSKI Richard and MURDOCK E., «Firearm and Toolmark Identification Meeting the Daubert Challenge». EN: Journal of Firearms and Toolmark Examiner (AFTE), Vol. 30, No. 1, 1998.

GÓMEZ O. José Alejandro. Nuevo sistema Penal Acusatorio Colombiano. Medellín. Señal Editora. 2008. Citando a SILVA MELERO en su obra La Prueba Procesal, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 58.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica. 2ª Edición. 2007.

HASTIE, Reid, La institución del jurado en Estados Unidos, Madrid, Civitas, 1983.

HOWE, Walter, J., «Laboratory Work Sheets» EN: AFTE NEWSLETTER NUMBER TWO, August 1969.

MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Ediciones del Puerto. 2004.

MÓDULO IV PARA DEFENSORES PÚBLICOS. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá. USAID y Defensoría del Pueblo. 2005.

MORA IZQUIERDO, Ricardo y SÁNCHEZ PRADA, María Dolores. «La Autenticidad de la evidencia física a la luz del nuevo Código de procedimiento Penal Colombiano». Conferencia presentada en el X Simposio Internacional de criminalística, Bogotá, Escuela de Policía General Santander, 2002.

_____ «La evidencia Física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio». Bogotá. Editores Gráficos Colombia Ltda. 2007.

_____ Derecho Penal y Criminología. En: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XXII-XXII No. 73. Bogotá D.C. 2002.

MORALES MARÍN, Gustavo. «Prueba Penal y Apreciación Técnico Científica», primera edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003. P 120.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima Edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1999.

PIZZI, William, Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it, Tecnos, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima Primera Edición. España Tomo I. 2000.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 25ª Edición. Buenos Aires. Editores Del Puerto, 2000.

_____ Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, Santa Fé Argentina. Rubinzal - Culzoni Editores., 2007

STEPHEN A Saltzburg, Encyclopedia of Crime and Justice. Vol II. Discovery, 1984.

_____ Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Bogotá, 2004.

TAPPAN, Paul W. Criminal Procedure, Boston, 1990.

THORTON, Jhon. La Evidencia Física. IV Simposio Internacional de Criminalística, (Catedrático de la Universidad de California en Berkley. Experto en identificación dactiloscópica).

Normas jurídicas

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia de 1991 (4 de julio de 1991).

_____ Ley 599 de 2000 Por medio del cual se expide el Código Penal Colombiano (julio 24 de 2000).

_____ Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (31 de julio de 2004).

COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Resolución 1890 del 2002, Sistema de Cadena de custodia. (5 de noviembre de 2002)

_____ Resolución 2869 del 2003, Manual de Cadena de Custodia vigente para la Ley 600 de 2000. (29 de diciembre de 2003)

_____ Resolución 6394 del 2004, Manual de Cadena de Custodia vigente para la Ley 906 de 2004. (22 de diciembre de 2004)

_____ Resolución 0694 del 2005. Manual de Protocolos del área de Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación. (18 de febrero de 2005)

_____ Resolución 2369 del 2016, Manual de Cadena de Custodia. (11 de julio de 2016)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Reglas de Mallorca.

CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Procesal Penal Chileno Ley 19.66 (octubre 12 de 2000) Art. 276.

ESTADO ASOCIADO DE PUERTO RICO. Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia (9 de febrero de 1979).

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal Ley 742 del 5 de junio de 2002 «Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)» Revisado mediante sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

_____ Aprobado mediante Ley 742 de 2002, Artículo 68. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones.

NACIONES UNIDAS. Comisión de prevención del delito y justicia penal. Sexto período de sesiones, Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997, «Utilización y Aplicación de las Reglas y Normas de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Justicia Penal.» Informe del Secretario General, E/CN.15/1997/16, 28 de febrero de 1997.

_____ CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS, prevención del delito y tratamiento del delincuente, Directrices sobre la Función de los Fiscales, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

_____ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Jurisprudencia

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-702 de 2001. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____ MP Dr. Rodrigo Garavito Hernández SU. 1300 del 6 de dic de 2001. Disponible <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____ MP Dr. Álvaro Tafur Gálvis. Sentencia C-200 de 2002. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil. Sentencia SU 159 de 2002. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T-690 de 2004. Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández. C-591 del 9 de junio de 2005. Disponible <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-822 de 2005. Disponible. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-1194 del 22 de nov de 2005. Disponible <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-1260 de 2005. Disponible. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

_____MP Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006. Disponible <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>

_____MP Dr. Jaime Araújo Rentería. C-536 de mayo 28 de 2008 Disponible en internet. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Auto Radicación 33901 del 5 de mayo de 1997. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación No. 25.260 de mayo 23 de 2006. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Javier Zapata Ortiz, Radicación 25920, del 21 de febrero de 2007. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Alfredo Gómez Quintero. Proceso 26468 de Julio 27 de 2007, Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Radicación 29416, del 23 de abril de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, Radicación 28195, del 8 de octubre de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Proceso No 29626 del 15 de octubre de 2008. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dra. María del Rosario González de Lemos, Radicación 30598, del 19 de febrero de 2009. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Radicación 31898 de agosto 5 de 2009. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación 33691 del 14 de abril de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Radicación 34173 de julio 21 de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Radicación 32361 de septiembre 15 de 2010. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicación 35132 del 17 de noviembre de 2010. Disponible <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dra. María del Rosario González de Lemos, Radicación 35173, del 9 de marzo de 2011. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Javier Zapata Ortiz. Radicación. 29877 del 18 de mayo de 2011. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicación 37943 de febrero 15 de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Radicación 36562, del 13 de junio de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. José Luis Barceló Camacho, Radicación 39186, del 27 de junio de 2012. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. José Luis Barceló Camacho, Radicación 35127, del 17 de abril de 2013. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Eyder Patiño Cabrera, Radicación 43691, del 5 de agosto de 2014. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Eyder Patiño Cabrera, Radicación 41908, del 3 de septiembre de 2014. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Eyder Patiño Cabrera. Radicación 45469, del 29 de abril de 2015. Disponible en <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Radicación 46153, del 30 de septiembre de 2015. Disponible en <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández. Radicación 47178, del 16 de diciembre de 2015. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Radicación 43916, del 31 de agosto de 2016. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

_____MP Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Radicación 44741, del 18 de enero de 2017. Disponible en internet <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/csjt.jsp>

ESTADOS UNIDOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Asunto Chambers vs. Mississippi, 410 U.S. 204 (1973) Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto Nardone vs. United States, 308, U.S. 338 (1939).

_____Asunto Silverthorne, 251, U.S. 385 (1920).

_____Asunto Nardone vs. United States, 308, U.S. 388 (1939).

_____Asunto Nix vs. Williams, 467, U.S. 431 (1984).

_____Asunto Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984) Vitalone, Claudio, La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles, 1991.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 90/1994.

La presente edición e impresión se terminó en POEMIA, su casa editorial, en Santiago de Cali, Colombia, en mayo de 2017.