

LA DENEGACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA COMO PROPOSICIÓN JURIDICA EN
CASACIÓN PENAL

DIEGO FERNANDO OCHOA TORRES

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Especialización en Casación Penal

Bogotá, 2017

Resumen

La denegación de la prueba como causal de casación ha tenido una variación importante en la ley 906 del año 2.004, la importancia de su desarrollo teórico, implica abordar la institución de la Casación Penal como un desarrollo de protección de derechos y garantías fundamentales, principalmente y como objeto del presente estudio es necesario abordar los escenarios jurídicos en los cuales la decisión de denegar la práctica de la prueba tiene repercusiones y proyecciones en la sentencia con vocación de ataque a través del recurso de casación.

Abstract

The denial of the evidence as a causal of cassation has had a significant variation in Law 906 of year 2004, the importance of its theoretical development, implies addressing the institution of the Criminal Cassation as a development of protection of fundamental rights and guarantees, mainly and As object of the present study it is necessary to approach the legal scenarios in which the decision to refuse the practice of the test has repercussions and projections in the sentence with a vocation of attack through the cassation appeal.

Tabla de contenido	
Pregunta de Investigación	4
Preguntas auxiliares.....	4
Problema de Investigación.....	4
Objetivo General	5
Objetivos Específicos	5
Hipótesis Central	6
Hipótesis Derivadas.....	6
Justificación de La Investigación	6
Introducción	7
Capítulo I	9
La denegación indebida de la prueba como proposición jurídica en casación	9
Antecedentes Históricos Próximos	11
Capítulo II.....	14
La denegación indebida al acceso de la prueba y la relación con el derecho fundamental a la defensa con incidencia en las finalidades de la casación	14
Capítulo III Contexto del derecho a la práctica de la prueba en la ley 906 del año 2004 y su incidencia en el recurso de casación	24
Capítulo IV Algunos aspectos de técnica en casación para la proposición jurídica de la denegación indebida de la prueba	35
Capítulo V Conclusiones	42
Bibliografía	43

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:

¿ La denegación indebida del acceso a la práctica de prueba como proposición jurídica en casación presentó cambios sustanciales en la ley 906 del año 2.004 ?

PREGUNTAS AUXILIARES:

¿ Puede plantearse la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica en casación en el esquema de la ley 906 del 2.004?

¿ La ley 906 del año 2.004 género alguna influencia sobre la estructura de la proposición jurídica de denegación indebida de la prueba?

¿ La denegación indebida de la prueba tiene alguna relación con las finalidades del recurso de casación?

¿ Existen algunos aspectos técnicos de la formulación de la denegación indebida de la prueba como motivo de casación, con relación al proceso penal desde la perspectiva del sistema penal acusatorio?

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**PROBLEMA PRINCIPAL O CENTRAL**

¿ La ley 906 del 2.004 genero variaciones sustanciales en la construcción de la proposición jurídica de denegación indebida de la prueba ?

OBJETIVO GENERAL:

Identificar que elementos de la ley 906 del año 2.004 generaron cambios en la proposición jurídica de la denegación indebida de la prueba.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

1. Desarrollar el concepto de la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica casacional en el esquema de la ley 906 del año 2.004.

2. Identificar sí la denegación indebida de prueba responde a las finalidades previstas para la casación dentro de la estructura de la ley 906 del año 2004.

3. Identificar los aspectos centrales de la ley 906 del año 2.004 y que pueden incidir en una variación sustancial en el esquema de la proposición jurídica en estudio.

4. Identificar los principales elementos de técnica al momento de realizar la proposición jurídica en estudio.

HIPOTESIS CENTRAL:

La ley 906 del año 2.004 generó un cambio en la mayoría de las instituciones procesales y la casación no es una situación ajena, la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica en casación sufrió cambios significativos debido a las nuevas estructuras que conlleva la implementación del sistema acusatorio.

Con el presente trabajo de investigación se pretende demostrar que la ley 906 del año 2004 generó varias influencias sobre la proposición jurídica en estudio que tienen repercusiones en la técnica para su proposición.

HIPOTESIS DERIVADAS:

1. El sistema penal acusatorio generó cambios sustanciales en la proposición jurídica en estudio.
2. La proposición jurídica en estudio se encuentra vigente dentro del esquema del sistema acusatorio.
3. La proposición jurídica en estudio tiene incidencia en las finalidades del recurso de casación.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La proposición jurídica de la denegación indebida del acceso a la prueba no ha sido una causal autónoma ni taxativa dentro del procedimiento penal colombiano, de las fuentes consultadas se observa que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha realizado un desarrollo del tema desde su aspecto sustancial ni como técnica casacional desde la perspectiva de la ley 906 del año 2004.

Consultada la bibliografía nacional no se encuentra que los autores consultados hubieran abordado el objeto de la presente investigación, por el contrario estudiado los desarrollos jurisprudenciales en España por parte del Tribunal Supremo Español se destaca como con frecuencia esta proposición jurídica es propuesta por los litigantes generando una sólida línea jurisprudencial además de tener una consagración expresa como causal de casación

en la legislación española lo que nos permite enriquecer el objeto de estudio en este trabajo de investigación.

La necesidad y pertinencia del presente estudio pretender contribuir al desarrollo de la proposición jurídica en estudio en el contexto colombiano, generando espacios de reflexión para identificar cuando la denegación indebida del acceso a la prueba se presenta y como ella puede incidir en la construcción de la sentencia lo cual aportara a la edificación y desarrollo de una técnica adecuada para el estudio de esta proposición jurídica.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito el estudio de la proposición jurídica de denegación indebida de la prueba en el sistema penal acusatorio implementado con la ley 906 del año 2.004 como motivo de casación y su estructuración a partir de las causales previstas en el artículo 181 de la ley 906 del año 2004, su estudio obedece a que la ley 906 del año 2.004 introdujo cambios significativos en la estructura de esta proposición jurídica que tienen incidencia en el técnica de casación.

En la medida en que el presente trabajo de investigación es descriptivo, el cual parte de la hipótesis central que se orienta a establecer que la ley 906 del año 2.004 genero cambios estructurales que generan influencia en la denegación indebida de la prueba como motivo de casación, se estudio en el primer capitulo el concepto de la denegación indebida de la practica de la prueba como proposición jurídica en casación y la historia de sus tratamiento en el ordenamiento jurídico, en el segundo capitulo se abordo la relación de está proposición jurídica con los derechos fundamentales desde la perspectiva de las finalidades de la casación penal, en el tercer capítulo se desarrolló la incidencia de el objeto de estudio en el

derecho a la práctica de la prueba en la ley 906 del año 2.004 y como influye en el recurso de casación, y finalmente se identificó algunos aspectos de técnica en casación como herramientas a tener en cuenta por casacionista al momento de construir este motivo de casacion.

Para lograr lo anterior se acudió a la fuentes secundarias de investigación como bibliografía y jurisprudencia nacional, principalmente se identifico textos que desarrollaran el derecho a la practica de la prueba como derecho fundamental en la medida e que él artículo 180 de la ley 906 del año 2.004 establece que una de las finalidades del recurso de casación es la protección de los derechos y garantías de las partes intervinientes, para que a partir de allí se ubicaran los escenarios en los cuales el ordenamiento jurídico en el contexto de proceso penal ha desarrollado la discusión.

También se procedió al análisis de jurisprudencia nacional que ha surgido bajo el sistema penal acusatorio implementado en la ley 906 del año 2.004 con el fin de identificar sí de las fuentes consultadas se ha desarrollado la discusión de los elementos estructurales del objeto de estudio, para luego identificar sí dentro del contexto de la ley 600 del año 2.000 como antecedente próximo se presento esta discusión en la jurisprudencia nacional y sí los mismos fundamentos sirven para sostener este motivo de casación dentro del sistema acusatorio.

Se ubico como un elemento central del objeto de investigación, los escenarios procesales dentro del sistema acusatorio en donde se puede generar el motivo de casación con el fin de identificar desde donde surge el error judicial así como cuales pueden ser algunas de sus causas a partir de conceptos como la decisión de pertinencia en la practica de la prueba y la incidencia del objeto de conocimiento de la ley 906 del año 2.004.

Finalmente a través del análisis de bibliografía nacional y una muestra de jurisprudencia extranjera se identifico cuales son los aspectos de técnica en la construcción del motivo de casación dentro del proceso penal con tendencia acusatoria y su relación con el proceso implementado en la ley 906 del año 2.004.

CAPITULO I

LA DENEGACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA COMO PROPOSICIÓN JURÍDICA EN CASACIÓN

I. CONCEPTO DE DENEGACIÓN INDEBIDA

De manera general la proposición jurídica en casación hace relación al diseño que deben tener las tesis jurídicas al momento de elaborarse la demanda, este concepto tiene por objeto distinguir un alegato de instancia de una verdadera censura casacional, obedece a las causas o motivos por los cuales el error una vez identificado e individualizado se proyecta a través de una causal de casación, la utilidad de la diferenciación de la proposición jurídica con los requisitos formales de la demanda de casación permite construir argumentos específicos de acuerdo a la clase de error que se encuentre en la sentencia, no es la misma proposición jurídica la que puede gobernar un error de hecho a uno de derecho, lo mismo frente a la nulidad, cada problema jurídico que surge a partir del descubrimiento del error debe ser planteado a través de una proposición jurídica la cual debe estructurarse a partir de los principios generales que gobiernan la casación penal, Rodríguez Choconta (2008) al respecto afirma:

Cabe distinguir entre los requisitos de forma de la demanda de casación y los de la proposición jurídica, que es la plataforma axiológica sobre la que se construye la argumentación sustentatoria. La legislación procesal penal de 2.000 artículo 212, exigía

impostergablemente unos requisitos de forma para la presentación de la demanda, a los que expresamente no se refiere la ley 906 de 2004, lo que no significa que no deben ser satisfechos como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en tanto que la proposición jurídica debe ser diseñada por el censor, conforme a cada motivo y cargo que se postule para derrumbar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia impugnada “(p.50)¹.

La denegación indebida al acceso a la prueba, es un acto procesal erróneo del juez en el contexto del proceso penal acusatorio colombiano que surge en principio en la audiencia preparatoria² que corresponde a una etapa anterior al juicio público y al proferimiento de la sentencia, eventualmente también puede darse en el escenario del juicio oral cuando a alguna parte habilitada con vocación probatoria se deniega el decreto de una prueba sobreviniente³ o en espacios procesales distintos a los ya señalados como en la audiencia del artículo 447 de la ley 906 del año 2.004 y que tienen incidencia en la sentencia.

El concepto de denegación indebida al acceso a la prueba puede definirse entonces como una actividad judicial que impide la práctica de la prueba por estimar de forma equivocada que no reúne los requisitos previstos en la ley para formar su convicción y que genera la violación de derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

¹ Sobre el concepto de proposición jurídica en casación penal y su importancia en el Estado Social de Derecho, Orlando A. Rodríguez Choconta, Casación y Revisión Penal Evolución y Garantismo Editorial Temis, Colombia, 2008.

² La audiencia preparatoria está regulada en el título III, capítulo I de la ley 906 del año 2000 y tiene por objeto principal el descubrimiento de la evidencia por parte de la defensa y las solicitudes que hacen el acusador y la defensa ante el juez que va a conocer el juicio para que admita la evidencia con vocación de prueba .

³ La prueba sobreviniente es aquella que no fue posible descubrir por las partes en las etapas previstas inicialmente para ello por causas extrañas o de fuerza de mayor que impedían su conocimiento.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS PROXIMOS.

El derecho al acceso a la practica de la prueba con los esquemas anteriores a las ley 906 del año 2004 estuvo vinculado al principio de investigación integral, las razones obedecen a que este tipo de proposición por lo general se vinculaba a la deficiente actividad de la Fiscalía en la investigación de hechos con consecuencias favorables para el procesado y los sistemas procesales que precedieron al proceso penal con tendencia acusatoria tuvieron como elemento estructural la investigación integral.

En el esquema procesal regulado en la ley 600 del año 2.000 el derecho a práctica de prueba a contrario de la ley 906 del año 2004, dejaba de tener un marcado principio de autorresponsabilidad de la prueba por el escenario de investigación integral del ente acusador que implicaba la obligación de investigar lo favorable como lo desfavorable⁴, la obligación de investigación integral a cargo de la fiscalía en el sistema procesal anterior era considerado como un principio que involucraba la materialización al derecho a la defensa del procesado con la consecuente prohibición de adelantar el proceso generando situaciones de indefensión.

La investigación integral tenía íntima relación con el derecho al acceso a la práctica de prueba, en la medida en que la responsabilidad de las que sean favorables al procesado era compartida entre el acusador y la defensa, la fiscalia si tenía conocimiento o en su poder elementos favorables al procesado no solo debía ponerlos a disposición de las partes

⁴ Artículo 20 ley 600 del año 2.000.

sino desarrollar su práctica, el desconocimiento deliberado de esta actividad implicaba la violación a derechos fundamentales a la defensa del procesado⁵.

En vigencia del procedimiento regulado bajo la ley 600 del año 2.000 el tratamiento en casación alegando la omisión en el derecho a la práctica de la prueba era un motivo de casación por vía de la causal tercera que trata el artículo 207⁶, lo que implicaba al momento de elaborar el cargo demostrar la incidencia de la prueba dejada de practicar en el fallo, en el esquema de la ley 906 del año 2004 de los elementos de análisis estudiados no se observó que la corte tenga un desarrollo de este motivo casacional bajo ese sistema normativo.

En el decreto ley 2700 de 1991 la investigación integral estaba relacionada con el principio de imparcialidad, así en el artículo 249 imponía el deber de investigar “ con igual celo” lo favorable como lo desfavorable, en la ley 94 de 1938 en su artículo 295 también se establecía el deber del funcionario encargado de la investigación de investigar los elementos de prueba que determinaran la exclusión de responsabilidad o la atenuación de la misma.

De las fuentes consultadas no se encontró antecedentes jurisprudenciales con anterioridad a la ley 600 del año 2.000 que pudieran permitir identificar como referente histórico los elementos con los cuales se abordaba la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica, en el procedimiento de la ley 600 del año 2.000 sí se generaría la discusión pero desde la perspectiva de la investigación integral a cargo del acusador como derecho del procesado.

⁵ Sentencia T 589 del año 1.999 Corte Constitucional de Colombia, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Cuando la sentencia se haya dictado en juicio viciado de nulidad.

La Corte Suprema de Justicia dentro del proceso No 30008 Sala de Casación Penal, siendo magistrado ponente el Doctor. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ Aprobado Acta No. 233 Bogotá, D.C., veinte de agosto de dos mil ocho sobre el principio de investigación integral preciso:

De tal precepto ha derivado la jurisprudencia de la Sala, que la garantía procesal de la investigación integral impone al funcionario judicial, entre otras, la obligación de ordenar y practicar las pruebas que se ofrezcan indispensables en orden a República de Colombia

Página 9 de 17 Casación 30.008 PASTOR VILLALOBOS ROMERO Corte Suprema de Justicia verificar las citas y las afirmaciones que en ejercicio de su derecho material de defensa realice el sindicado a través de sus intervenciones procesales, desde luego siempre que las mismas se ofrezcan conducentes y pertinentes a los fines de la defensa y de la investigación y su práctica resulte razonable en términos de su alegamiento y posterior cotejo. Por lo tanto, cuando a la luz de la sistemática procesal de la Ley 600 de 2000, se propone en casación la causal de nulidad por quebranto del principio de investigación integral, el censor debe tener en claro que no es suficiente la indicación de los elementos probatorios que se dejaron de allegar a la actuación, así como su fuente, sino señalar que eran necesarias, conducentes y pertinentes, con el ejercicio adicional de confrontar lógicamente su hipotético contenido a las pruebas que fueron valoradas por los juzgadores como sustento de la decisión atacada, para demostrar de esa forma que de haber sido recopiladas la sentencia habría sido favorable al procesado. República de Colombia Página 10 de 17 Casación 30.008 PASTOR VILLALOBOS ROMERO Corte Suprema de Justicia Es decir, por virtud del principio de trascendencia, se debe acreditar que la prueba o pruebas echadas de menos al ser confrontadas con aquellas que sirvieron de fundamento o pilar para edificar el fallo atacado,

tienen aptitud suficiente para variar la declaración de justicia allí contenida y, por tanto, la única forma de subsanar el yerro advertido es a través de la invalidación de la actuación surtida, desde el momento procesal que permita la aducción del medio o medios de prueba omitidos y su ulterior ponderación en la decisión de fondo. En torno a la trascendencia del vicio denunciado, tiene definido la Sala que: "...ésta no deriva de la prueba en sí misma considerada, sino de la confrontación lógica de las que sí fueron tenidas en cuenta por el sentenciador como soporte del fallo, para a partir de su contraste evidenciar que las extrañadas, de haberse practicado, derrumbarían la decisión, erigiéndose entonces como único remedio procesal la invalidación de la actuación censurada a fin de que esos elementos que se echan de menos puedan ser tenidos en cuenta en el proceso".

Con la ley 906 del año 2.004 el principio de investigación integral dejó de ser una obligación a cargo del ente acusador sin tener aplicación en sistema penal acusatorio⁷, es así que se da una ruptura en el concepto de la investigación integral y el concepto de denegación indebida de la prueba pasaría a observarse a la luz del sistema de partes que involucra la autorresponsabilidad de la actividad probatoria de cada una de las partes.

CAPITULO II

LA DENEGACIÓN INDEBIDA AL ACCESO DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA Y LA RELACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA CON INCIDENCIA EN LAS FINALIDADES DE LA CASACIÓN.

La denegación indebida al acceso a la práctica de la prueba tiene íntima relación al derecho a la defensa y la prohibición de generar espacios de indefensión frente

⁷ C,S de Justicia, AP 6528-2016 M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

al órgano acusador, el derecho a prueba desde su dimensión probatoria parte precisamente del presupuesto de libertad y en esa medida las restricciones deben ser taxativas y excepcionales, así el derecho a la practica de pruebas hace parte del derecho a la defensa y por esta vía al del debido proceso, la Corte Constitucional ⁸ se ha referido a este derecho fundamental en los siguientes términos:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

Sin embargo si bien este derecho se observa de manera principal desde la perspectiva del procesado tambien opera para las demas partes del proceso quienes de acuerdo a sus perspectivas legitimas buscan la verdad, justicia y reparación tambien como intereses fundamentales dentro del modelo del Estado Social y Democratico de derecho y que vendrian a ser establecidos como fines de la casacion penal.

⁸ Corte Constitucional en sentencia C- 025 del año 2009, M. P Rodrigo Escobar Gil.

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el concepto de las finalidades del recurso de casación previstas en el artículo 180 de la ley 906 del año 2004 a partir de la influencia que ejerce la constitución política en el instituto de la casación y el papel de la sala de casación en la protección y materialización de los derechos fundamentales lo que implica no solo un cambio de paradigma de la casación como herramienta de protección de la ley objetivo primordial dentro de un estado de derecho sino de la búsqueda del respeto por los derechos fundamentales, de ahí que cuando se observa el flagrante quebrantamiento de esta clase de derechos se pueda superar los defectos de la demanda y admitir la misma con miras a restablecerlos . Estos fines RODRIGUEZ CHOCONTA (2008) los identifica de la siguiente forma:⁹

Desde el surgimiento de la casación, esta ha tenido unas finalidades que le sirven de faro al ejercicio de la Sala de Casación Pena del la Corte Suprema de Justicia, puesta por encima de los organismos de instancia, cometidos que no siempre son lo mismo. Así en el Estado de derecho, el fin primordial de la casación es la unificación de la jurisprudencia, y así nació y se consolidó a partir de la Revolución francesa en el siglo XVIII; y otra es la finalidad primordial en un Estado social y democrático de derecho, que es la protección de los derechos y garantías fundamentales del individuo, como la realización del derecho material, sin dejar de la lado la unificación misma de la jurisprudencia (p.87).

Las finalidades del recurso de casación no solo corresponden a la razón de ser del Tribunal de Casación sino además sirven como criterio orientador del discurso que debe manejar el casacionista. Frente a la proposición jurídica en estudio la finalidad del

⁹ Orlando A. Rodríguez Choconta, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Editorial Temis, página 87.

recurso se proyecta a fin de restablecer los derechos así como las garantías fundamentales de las partes bien puede ser desde la perspectiva de la defensa a partir del derecho a la defensa lo puede ser desde la acusación sobre el criterio del debido proceso desde la perspectiva del artículo 180 de la ley 906 del año 2.004.

Bajo esta dimensión de reconocimiento de la proposición jurídica en estudio, como un componente de derecho fundamental, implica la adopción de medidas de interpretación al momento de resolver sobre la admisibilidad de un medio probatorio que involucren el respeto por las garantías fundamentales.

Sostenemos entonces que si bien la ley 906 del 2004 contiene unas reglas específicas en punto a los criterios a tener en cuenta para la admisibilidad de las evidencias en juicio¹⁰, dentro del ordenamiento jurídico existen reglas implícitas que se deben tener en cuenta al momento de tomar la decisión sobre que evidencias ingresan para su práctica y que guardan relación con los derechos fundamentales.

Por ejemplo la doctrina especializada ha identificado que los temas de prueba son elementos también de exclusión probatoria por afectación de derechos fundamentales, Guerrero Peralta (2015) afirma¹¹ :

El concepto de prohibición probatoria para la doctrina germana comprende dos aspectos : la producción de ciertas evidencias y el uso judicial de pruebas que resultan afectadas con la prohibición. Las prohibiciones de producción pueden recaer sobre temas probatorios, medios

¹⁰ Capítulo III, Parte I.

¹¹ Oscar Julian Guerrero Peralta, Institutos Probatorios Del Nuevo Proceso Penal, Ediciones Nueva Jurídica.

probatorios y metodos probatorios. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados <temas> (p.160.)

La Corte Constitucional se ha referido al tema en punto a los antecedentes sexuales y su excepcional incorporación a juicio como tema probatorio, en la sentencia de Tutela T-453 del año 2.005 siendo magistrado ponente el Doctor Manuel José Cepeda Espinosa que a pesar de pronunciarse sobre hechos tramitados en vigencia de la ley 600 del año 2.000 es oportuna para precisar el contenido y alcance de la importancia del tema de prueba como criterio a tener en cuenta donde se preciso lo siguiente:

En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales. De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa. Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad, cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas. Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los

derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito, no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.

DERECHO A LA INTIMIDAD EN CASO DE PRUEBA EN PROCESO POR DELITOS SEXUALES-Pasos para hacer la evaluación de la limitación de este derecho.

En el caso bajo estudio, es preciso determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual, resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado. La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto, ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego. En el caso bajo estudio, dado que se trata la colisión entre el derecho de defensa del procesado y el derecho a la intimidad de la víctima, para permitir un examen del comportamiento social y sexual de la víctima con anterioridad a los hechos que se investigan o juzgan, el fin que justifica una intromisión de esa dimensión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo la búsqueda de un fin de tal magnitud y trascendencia haría

razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales. En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que si es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia. De tal manera que a la luz del derecho constitucional experiencias íntimas separadas del acto investigado están prima facie protegidas frente a intervenciones irrazonables o desproporcionadas. En cuanto al medio escogido, se debe examinar que se trata de un medio no prohibido por el ordenamiento jurídico. Por eso, si la prueba sobre el comportamiento de anterior de la víctima, se refiere, por ejemplo, a comunicaciones privadas, la posibilidad de hacerlo, está sujeta al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que garantizan la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones privadas. El tercer paso del juicio de razonabilidad consiste en establecer si el medio es necesario para alcanzar el fin propuesto. En efecto, no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido. Para justificar constitucionalmente la limitación de derechos fundamentales como los que se encuentran en juego, se requiere que el medio sea necesario para alcanzar el fin.

La evidencia de carácter también hace parte de prohibición de tema de prueba siempre y cuando tenga como propósito demostrar la culpabilidad pero no opera para demostrar la inocencia del procesado o hacer más o menos probable los hechos debatidos en juicio, Ernesto L Chiesa (2012) identifica este tema de la siguiente forma¹² :

La regla de exclusión establecida en la regla 20 (a) impide que el ministerio público, en su turno inicial de prueba, pueda presentar evidencia de carácter del acusado, como prueba circunstancial de que incurrió en la conducta imputada en la acusación. Así, si se imputa al acusado de un delito de violencia, es impermissible que el fiscal presente evidencia de que el acusado es persona violenta o agresiva, como prueba circunstancial de que cometió los actos de violencia imputados en la acusación(...)

Así pues, al acusado lo acompaña la presunción de inocencia y el ministerio fiscal tiene que refutar esa presunción con prueba más allá de duda razonable. A pesar de esto, el ministerio fiscal no puede utilizar evidencia de carácter del acusado como prueba circunstancial de su culpabilidad, mientras el acusado sí puede utilizar evidencia de su carácter como prueba circunstancial de inocencia: Esto sólo puede ser explicado mediante consideraciones ajenas a la búsqueda de la verdad. Se trata de un juicio valorativo de que minimizar el riesgo de convicción errónea es mucho más importante que el riesgo de minimizar una absolucón errónea.

También el derecho a la defensa desde su perspectiva de asistencia técnica de un abogado defensor con competencia es una regla implícita de admisibilidad de evidencia en juicio, así lo

¹² Ernesto L Chiesa, Tratado de Derecho Probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS Luiggi Abraham-Editor, 2012.

ha reconocido la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado SP 154-2017, Radicado 48128 de fecha 18 de Enero del año 2017 donde preciso:

1. El derecho fundamental a la defensa técnica (asistencia letrada)

La asistencia jurídica procesal por un profesional del derecho calificado, hace parte de las garantías fundamentales que se enmarcan en el artículo 29 de la Constitución Política nacional; en el canon 8, numeral e) de la Ley 906 de 2004; en el precepto 14, numeral e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y; en la disposición 8^a, numeral 2^o, literales d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴, pactos internacionales aprobados en el orden interno por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

Jurisprudencialmente¹⁵, se ha reiterado que el derecho a la defensa «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y

¹³ Artículo 14, numeral 3, literal d): “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”

¹⁴ Artículo 8^o, numeral 2, literales d) y e): “(...) [d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

¹⁵ CSJ. SP. de 19 de octubre de 2006, Rad. 22432, reiterado en SP. de 11 de julio de 2007, Rad. 26827.

procurada por el funcionario judicial,...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado¹⁶.

En jurisprudencia reciente¹⁷, esta Corporación advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibles al derecho de defensa por cuanto:

«[...] [impide] que la verdad declarada en la sentencia [sea] el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios, imponiéndose así la única ventilada en el juicio que, obviamente, [es] la acusatoria. De esa manera, la ineffectividad de la defensa material prácticamente anula las posibilidades de controversia y por esa vía se desvirtúa el fundamento epistemológico de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano».

En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a

¹⁶ Cfr. CSJ. SP de 22 de abril de 2009, Radicado 26975; CSJ. SP de 14 de noviembre de 2002, Radicado 15640; y CSJ. AP de 12 de marzo de 2001, Radicado 16463.

¹⁷ Cfr. CSJ. SP de 27 de enero de 2016, Radicado 45790.

prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

Los anteriores ejemplos, sirven de parametro para establecer que los criterios de admision de evidencia en juicio van mas allá de las reglas especificas por tanto el juez y las partes al momento de evaluar las características de las solicitudes de prueba debe identificar estos elementos a fin de prevenir el estado de indefensión que se genera cuando hay una denegación indebida de prueba.

En ese orden de ideas, la relevancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales al derecho a la prueba es incuestionable, razón necesaria por demás para que al momento de elaborar la demanda de casación se llame la atención a la corte suprema de justicia para que de entrada se advierta la incidencia del error en las finalidades constitucionales del recurso.

CAPITULO III

CONTEXTO DEL DERECHO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LA LEY 906 DEL AÑO 2.004 Y SU INCIDENCIA EN EL RECUROS DE CASACIÓN.

El modelo de conocimiento para la construcción de la sentencia que venía regulando el procedimiento penal con la ley 600 del año 2.000, presentó un viraje en la ley 906 del año 2004 desde la pretensión de verdad ontológica hacia un sistema de construcción de conocimiento persuasivo de teorías del caso.

Lo anterior se generó además por la necesidad de implementar una justicia penal más ágil atribución que se ha identificado con los sistemas acusatorios, a causa del reconocimiento de la imposibilidad del método del proceso penal como un escenario de

reconstrucción de la verdad material y se pasaría al concepto de verdad procesal al cual se llega después de un método dialéctico de contrarios quienes en igualdad de condiciones demuestran sus hipótesis con relevancia jurídica elementos que corresponden a un proceso con marcada tendencia a lo acusatorio, al respecto Teresa Armenta (2011)¹⁸ afirma:

De hecho el modelo adversarial en materia de prueba, al consagrar la aportación de parte, se basa indefectiblemente en la superación del concepto de verdad objetiva y sus sustitución por el de prueba dialéctica o prueba como argumento.

Sin embargo ese modelo en la construcción y objetivo del conocimiento generaría varias situaciones que inciden en el derecho a la práctica de la prueba y que no tenían antecedente próximos en el procedimiento penal colombiano.

Frente al rol de juez de conocimiento en el esquema de la ley 600 del año 2.000 al momento de construir los hechos que se consideran probados en la sentencia, autores como Martínez Rave¹⁹, analizando el artículo 331 de esa codificación establece que el objetivo principal del juez es el de establecer la verdad real o histórica, lo anterior implican que el rol principal del juez es la construcción del conocimiento, frente al tema de la verdad como objetivo del proceso penal Nieva Fenoll (2013) citando a citando a Endemann²⁰ señala:

En su primer artículo dedicado al tema acertó que el proceso civil estaba regido por el principio de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), principio que si bien había sido considerado

¹⁸ Teresa Armenta Deu citando J Díaz Cabiale, La Prueba Ilícita, segunda edición, Editorial Marcial Ponce, 2011.

¹⁹ Gilberto Martínez Rave, Procedimiento Penal Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis, Pag 15.

²⁰ Jordi Nieva Fenoll, en el Libro La Valoración de la prueba , Editorial Marcial Pons, 2013.

como el paradigma de la Justicia durante mucho tiempo, lo cierto es que no permitía que se obtuviera en la prueba la verdad material de las afirmaciones de las partes, oponiéndola el autor citado a una teoría formal de la prueba o lo que denomino verdad jurídica o verdad formal, que era la que se obtenía utilizando el referido principio. El Juez, al amparo de las viejas directrices, parecía que debía quedar al albur de aquello que les aportaran las partes, sin poder intervenir más allá. Se preguntaba ENDEMAN si no podía concebirse que los jueces fueran seres racionales, que pudieran valorar fielmente la prueba sustentando su motivación en razones lógicas. La libre valoración consistía, a decir de este autor, en el estudio de la vida, de auténtico conocimiento de las cosas que se extraía del uso del sentido común. No bastaba una gran verosimilitud para tener una convicción como probada, sino que siempre debía intentarse la obtención de la verdad. (p 81).

Este modelo de verdad como único objetivo del proceso penal se caracteriza por una actividad probatoria por parte del funcionario que va a emitir la sentencia en la medida en que el cometido es la búsqueda de la verdad, desconfiando en la capacidad de las partes para asumir de manera exclusiva ese papel, pero también involucra una obligación del acusador de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable lo cual permitía que los jueces partieran del presupuesto de confianza en que la fiscalía había realizado la investigación de manera integral, sin embargo como lo anota Urbano Martínez (2012)²¹:

“ Y por último, ese modelo no sólo no consagró la estructura probatoria del proceso penal, sino que, además, legitimó un régimen que vació a los principios probatorios de todo contenido material; lo hizo disponer, en el artículo 271, que “ los resultados de las

²¹ José Joaquín Urbano Martínez, La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Editorial Ediciones Nueva Jurídica páginas 106 y 107.

indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el Juez Competente”. En razón de ello, si bien los fundamentos probatorios del proceso penal estaban contenidos, en esencia, en los artículos 13,28,29 y 33 de la Constitución, relacionados con la reserva judicial de la correspondencia y el domicilio, la presunción de inocencia, la presentación y controversia de la prueba, la exclusión de la prueba ilícita y la exoneración del deber de declarar contra sí mismo y sus allegados, lo cierto es que ese régimen no impidió que el trabajo instructivo desplegado por la Fiscalía en las etapas anteriores a la investigación propiamente dicha (...). En la cultura jurídica colombiana, no se tuvo conciencia de las profundas implicaciones de una institución como la que dio en llamarse “principio de permanencia de la prueba”. No obstante en este momento es preciso advertirlas para apreciar que el giro hacia un sistema de contenido acusatorio se explica, en esencia, como una revolución probatoria que supone la superación definitiva de ese supuesto principio.

En el esquema de la ley 600 del año 2000 se asumía con seguridad en que las pruebas practicadas en la fase de investigación habían agotado todas las hipótesis plausibles, por su parte en el esquema del procedimiento penal de la ley 906 del año 2004 la iniciativa probatoria estaría de manera exclusiva en cabeza de las partes de acuerdo a las propuestas teóricas de solución del caso en concreto a quienes les corresponde la carga de demostrar cada uno de los hechos con los cuales pretendan demostrar la teoría del caso, sin embargo como lo anota Bedoya Sierra (2008)²²:

²² Luis Fernando Bedoya Sierra, La prueba en el proceso penal colombiano, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2009.

El adecuado conocimiento de los hechos es requisito indispensable para decidir en forma justa. Por esta razón, el fiscal debe velar porque el juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos, ya sea para que sean impuestas las sanciones pertinentes o para evitar una pena injusta o desproporcionada, y dicho propósito sólo podrá lograrlo mediante las pruebas (p.27.)

Con el modelo de procedimiento establecido en la ley 906 del año 2.004 se abandona como única pretensión la obtención de la verdad privilegiando el método sobre el fin, por ello se explica la prevalencia del respeto sobre las reglas de evidencia y las cláusulas de exclusión, sin embargo debido a las profunda concepción de verdad como objeto del proceso herencia que se identifica con los procedimientos inquisitivos se observa en la práctica que los criterios de admisibilidad de la evidencia utilizados por los jueces se orientan como depositarios de la verdad mas no como árbitro que controla las reglas para la confrontación de hipótesis lo que tiene una explicación plausible a partir del contexto cultural²³, Antoine Garapon y Loannis Papadopoulos (2010) afirman:

Si toda cultura se relaciona *in fine* con un modo de producción de la verdad, las diferencias culturales entre el *common law* y *ciil law* no se ven más claramente en ningún otro lado que en el derecho probatorio. La prueba se sitúa, en efecto, en la articulación del derecho y el hecho, en las fronteras de un orden jurídico cuando una regla abstracta debe aprehender la vida, ponerla en forma y en sentido. Para recoger esta diferencia en una frase, allí donde la cultura jurídica romana buscaba la *substancia* de la verdad, intentando establecer un relato oficial de la manera en que un magistrado emite un juicio, la cultura del *common law*, por el contrario, organiza la confrontación de dos versiones para hacer triunfar públicamente el relato más verosímil . Los

²³ Antoine Garapon y loannis Papadopoulos, Juzgar Estados Unidos y en Francia, Cultura jurídica francesa y common law, Editorial LEGIS, Primera Edición.

orígenes de esta divergencia, muy profundos, deben probablemente ser buscados desde la religión (p.113).

El criterio orientador de la verdad como fin del proceso indudablemente inciden en el modelo del proceso que se adopte y el papel del juez en el proceso probatorio, PARRA QUIJANO (2004)²⁴ lo plantea a través de una necesidad ideológica, psicológica y lógica del juez cuando la iniciativa probatoria se deja a las partes y es necesario que se adopten medidas de oficio cuando afirma lo siguiente :

El juez que cumple con el principio de intermediación y que efectivamente pone los órganos de sus sentidos bajo el yugo de la atención cuando está recibiendo la prueba, hará valoraciones y seguramente descubrirá vacíos probatorios que no le permiten lograr la verdad de los hechos. En ese momento “ terrible” de vacío, para abastecer- por decirlo en alguna forma – l a necesidad de verdad, puede y debe decretar pruebas de oficio.(p.14).

El modelo epistémico de la ley 906 del año 2004 no solo tendría repercusiones en la iniciativa probatoria en cabeza del juez, sino en las solicitudes probatorias en cuanto a su objeto, en la ley 600 del año 2.000 se pretendía el establecimiento de la verdad con la pretensión de certeza en el nivel de adquisición en el conocimiento, en la ley 906 del año 2.004 sin renunciar a la pretensión de verdad busca principalmente que la propuesta teórica que formule cada una de las partes o a la que forme el juez con base en las pruebas practicadas sea la que de una forma racional de una explicación que resista a la critica sobre él hecho investigado, sin embargo ambos sistemas comparten que esas postulaciones teóricas no puedan formularse al margen del desconocimiento de los derechos fundamentales.

²⁴ Jairo Parra Quijano, Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio, Editorial Temis S.A, Bogotá – Colombia, 2004.

La diferencia entre uno y otro modelo en cuanto al objeto de conocimientos se explica en mejor forma en que sí el único límite a la propuesta teórica es el respeto por los derechos fundamentales, la pertinencia de los medios de prueba no se dará en el contexto de una hipótesis temprana de certeza sino en una hipótesis de explicación racional de determinado hecho con relevancia frente al caso en estudio, la duda no se responde ya como la no adquisición de la certeza, sino como un proceso dialéctico en el cual dos teorías enfrentadas no pudieron explicar racionalmente un determinado evento, esta situación influye en el juez al momento de decidir que elementos de conocimiento considera pertinentes para ser debatidos en juicio en la medida en que no puede en principio aspirar a que determinado medio de prueba le pueda generar certeza sobre la proposición fáctica que se postule por las partes, la pertinencia en el sistema de la ley 906 del año 2004 corresponderá a un análisis del medio de prueba en relación a su capacidad para demostrar una explicación racional de determinado problema.

El razonamiento deductivo que hace el funcionario judicial no puede dentro de un sistema acusatorio ser en términos de construcción de verdad sino en apoyo de las posibles hipótesis de estrategia que adopten las partes, esto conlleva a una marcada diferencia con el esquema procesal de la ley 600 del año 2000 en torno a las pautas de pertinencia en donde el criterio tendrá relación con lo razonablemente posible y no con una pretensión de certeza, en esa medida el cuestionamiento sobre las hipótesis de las partes que solicitan sus evidencias únicamente debe desarrollarse en el marco de la congruencia con lo que aporte a los hechos hipotéticamente planteados dejando de lado criterios que anticipen la capacidad suasoria de la evidencia por fuera de la teoría del caso planteada por las partes.

Así se cuestiona sobre el procedimiento del Juez al momento de tomar decisiones sobre la pertinencia del medio de prueba en la medida en que debe haber una

armonía entre lo sustentado por el interesado y el objeto del litigio en esta labor eventualmente el Juez puede hacer análisis sobre la posibilidad del poder suasorio de determinado elemento de prueba frente a temas que interesen al proceso fijando hechos hipotéticos que aún no se han definido, Michel Taruffo (2007) ²⁵ lo define en los siguientes términos:

Dado que la relevancia de los medios de prueba es una condición cuya existencia se verifica al inicio del proceso, y únicamente sobre la base de alegaciones realizadas por las partes, el problema de si un medio de prueba es o no relevante sólo puede resolverse hipotéticamente. El juez debe asumir – como hipótesis de trabajo- que los medios de prueba ofrecidos lograrán el resultado esperado y previsto por la parte que los presenta al definir su objetivo, esto es, el hecho que espera que demuestre cada medio de prueba específico. Posteriormente, el Juez verifica si, partiendo de la suposición de un resultado positivo, el medio de prueba podría ofrecerle información útil para establecer a verdad de un hecho en litigio. Si la conclusión de este razonamiento hipotético es afirmativa, entonces los medios de prueba son relevantes. Si, por el contrario, la adquisición de un medio de prueba parece ser inútil para la determinación de cualquier hecho en litigio, entonces ese medio de prueba no es relevante y no debería ser admitido. La justificación básica del criterio de relevancia es práctica y se funda en normas de economía procesal. Una máxima tradicional dice que *frusta probatur quod probatum no relevat* , subrayando que en los procesos judiciales no debe perderse tiempo, dinero y energía en la adquisición de medios de prueba inútiles.(p.39).

²⁵ Michel Taruffo La prueba , Filosofía y Derecho, Editorial Marcial Pons, 2008.

Por lo anterior el medio de prueba que se ofrece para la formación de conocimiento del juez debe guardar coherencia con la propuesta de solución al caso planteado en términos de hipótesis plausibles.

El modelo de conocimiento pretendido en ambos sistemas no solo generaría un cambio en cuanto su límite en relación al juez y el objeto de conocimiento, también variaría de manera importante frente a los escenarios en donde se puede dar este debate.

En relación a los espacios en donde se puede generar el nacimiento de este motivo de casación, a pesar que el sistema probatorio tenga como fundamento la libre convicción esto no significa que pueda obviar las reglas de producción de la prueba, en este escenario la práctica de la prueba está condicionada por criterios de licitud, legalidad y admisibilidad, el primero está sujeto a que en la formación de las etapas del acto de investigación y el acto de prueba no hubieran sido producto de una actividad ilícita con incidencia en los derechos fundamentales de las partes ejemplo de ello es la confesión por medio de la tortura, por su parte la legalidad depende que se respeten los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico²⁶, en tanto que la admisibilidad hace relación a criterios legales para que no se practique la evidencia con vocación de prueba que sea inconducente, inútil, dilatoria e impertinente.

²⁶ La sentencia SU 159 del año 2002, proferida por le Corte Constitucional establece como claridad la diferenciación en los siguientes términos: El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

En estos escenarios de análisis a los cuales se encuentra el juez al momento de decidir que se debe o no practicar en juicio, eventualmente puede considerar que el acto de investigación, la información ó la evidencia con vocación probatoria no reúna los requisitos previstos en la ley para permitir su práctica ó interprete de manera equivocada los mismos con la consecuencia de impedir la discusión probatoria sobre esos elementos, la decisión adoptada por el Juez puede incidir en la teoría del caso de las partes en la medida en que la información que sería objeto de debate ya no puede ser ingresada a juicio y la misma tenga el carácter trascendental para variar el sentido de la decisión adoptada en el fallo.

En el esquema de la ley 600 del año 2.000 producto de las facultades jurisdicentes del ente acusador la defensa podía plantear solicitudes de pruebas desde la etapa de indagacion, pretensiones que vendrían a ser vinculantes para la Fiscalía en la medida en que la orientación integral de la investigación imponía ese deber, estas pruebas practicadas pasarían a ser parte del proceso y podían ser valoradas por el Juez incluso sin necesidad de volver a practicarlas en el escenario de la audiencia pública, por su parte en el esquema de la ley 906 del año 2.004 las solicitudes de pruebas se realizan únicamente ante el juez cuya práctica estaría condicionada por criterios de licitud, legalidad y admisibilidad, el primero está sujeto a que en la formación de las etapas del acto de investigación y el acto de prueba no hubieran sido producto de una actividad ilícita con incidencia en los derechos fundamentales de las partes ejemplo de ello es la confesión por medio de la tortura, por su parte la legalidad depende que se respeten los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico²⁷, en tanto que la admisibilidad

²⁷ La sentencia SU 159 del año 2002, proferida por la Corte Constitucional establece con claridad la diferenciación en los siguientes términos: “...El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido

hace relación a criterios legales con los cuales se pretende evitar la practica de evidenciamiento con vocación de prueba que sea inconducente, inútil, dilatoria e impertinente.

El juez al momento de decidir que se debe o no practicar en juicio, eventualmente puede considerar que el acto de investigación, la información ó la evidenciamiento con vocación probatoria no reúna los requisitos previstos en la ley para permitir su práctica ó interprete de manera equivocada los mismos con la consecuencia de impedir la discusión probatoria sobre esos elementos, la decisión adoptada por el Juez puede incidir en la teoría del caso de las partes en la medida en que la información que sería objeto de debate ya no puede ser ingresada a juicio y la misma tenga el carácter trascendental para variar el sentido de la decisión adoptada en el fallo.

Esta situación tambien se presentaba en la ley 600 del año 2.000 pero a diferencia de la ley 906 del año 2.004 en donde solo al juez de conocimiento le corresponde esta actividad en el esquema anterior estaba compartida para la Fiscalía en la etapa de investigación y para el Juez en la etapa de conocimiento.

En el contexto de la prueba de refutación también pueden emerger situaciones de denegación indebida de prueba²⁸ y también en solicitudes de practica de pruebas sobrevinientes en el juicio.

obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado...”

²⁸ Sobre el concepto de prueba de refutación es importante los aportes de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, así dentro del radicado 43.749 de fecha 20 de Agosto del año 2014, AP 4787 M.P Eugenio Fernández Carlier, se puede consultar su desarrollo a partir del sistema penal acusatorio Colombiano.

En la audiencia del artículo 447 también es posible que se presente la denegación indebida de prueba con fundamento en que en este escenario procesal las partes pueden solicitar la práctica de medios de conocimiento con el propósito del otorgamiento o la negación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o subrogados penales²⁹.

En conclusión, en el modelo de la ley de 906 del año 2004 variaría el objeto del conocimiento dentro del proceso, las oportunidades en las solicitudes de prueba y los estándares de análisis para la pertinencia de los medios de prueba, aspectos que vendrían a incidir al momento de la evaluación del juez de las solicitudes probatorias.

CAPITULO IV

ALGUNOS ASPECTOS DE TÉCNICA EN CASACIÓN PARA LA PROPOSICIÓN JURÍDICA DE LA DENEGACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA.

Elaborada la finalidad de la proposición jurídica, construida su relación con la casación penal y a partir de los criterios ya indicados abordaremos el análisis de la vía por medio de la cual se debe plantear el error, este camino solo concierne a las causales que previamente ha diseñado el legislador en atención al principio de taxatividad, la postulación indebida del cargo en casación genera la inadmisibilidad de la demanda en atención a los principios de limitación y de carácter rogado del recurso.

²⁹ Sobre el concepto y desarrollo de la audiencia del artículo 447, SP 2133-2016 Radicación 41712 M.P José Leónidas Bustos Martínez , fecha 24 de febrero del año 2016.

La denegación indebida de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano no es una causal autónoma de casación a diferencia de lo que ocurre como en España,

El ordenamiento jurídico español en la ley de enjuiciamiento criminal, artículo 850.1 establece la proposición jurídica en estudio de la siguiente forma:

Artículo 850. El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma:

1.º Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

El Tribunal Supremo Español ha interpretado la esta causal de casación en los siguientes términos³⁰:

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim . Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la

³⁰ Roj: STS 3586/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3586 Id Cendoj: 28079120012016100650 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 N° de Recurso: 328/2016 N° de Resolución: 643/2016 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO Tipo de Resolución: Sentencia

prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post . No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio , al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE , argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la

actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero).

Destacamos que de acuerdo al Tribunal Supremo Español la prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto, situación que nos lleva a precisar que en la postulación del error el casacionista no debe hacer valoraciones subjetivas de lo que eventualmente pudo haber demostrado el medio de prueba dejada de practicar, sino enrostrar de manera objetiva que los hechos que se demostrarían con la prueba dejada de practicar tiene la suficiencia de cambiar el fallo, de ahí que se pueda presentar dificultades en pruebas como las testimoniales en donde solo hasta su práctica a través de la confrontación y contradicción surge la información que va a ser objeto de valoración.

En la ley 906 del año 2004 puede ser concebido como un motivo de casación que para habilitar su estudio debe encuadrarse dentro de las causales de casación previstas por el legislador, para lo anterior es preciso entender si estamos frente una juicio de hecho o de derecho, para un mejor entendimiento frente estos conceptos MICHELE TARUFFO (2006) afirma³¹:

³¹ MICHELE TARUFFO , EL VÉRTICE AMBIGUO, Ensayo sobre la casación civil. Biblioteca de derecho procesal, Editorial Palestra.

Una primera consideración al respecto es que la relación hecho/ derecho, en general y en el ámbito del juicio de Casación, no puede ser leída en clave de relación entre premisa mayor y premisa menor del silogismo judicial. Desde hace algún tiempo es claro que el esquema silogístico es reductivo e inatendible y, por tanto, resulta obvio que se descarte (diría, sobre todo) como instrumento de análisis del juicio de Casación.

Se puede entonces formular la distinción hecho / derecho en función de lo que aquí interesa, es decir, bajo el perfil del control que la Casación ejercita sobre la sentencia impugnada, sin involucrar en ello problemas de orden más general y variantes que no vienen al caso en este contexto.

La distinción puede ser formulada en estos términos:

- a) Es hecho todo y solamente aquello que se refiere a las verificación de la verdad o falsedad de los hechos empíricos relevantes, salvo lo concerniente a la aplicación de normas relativas a la admisibilidad y la asunción de las pruebas, o de normas de prueba legal;
- b) Es derecho todo aquello que concierne a la aplicación de normas, es decir, particularmente b1) la selección de la norma aplicable al caso; b2) la interpretación de tal norma ; b3) la calificación jurídica de los hechos y la subsunción de ellos en el supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto; b4) la determinación de las consecuencias jurídicas que están previstas por la norma y que están referidas al caso concreto. Se trata evidentemente de un esquema hipersimplificado que, sin embargo, puede ser suficiente como base para continuar con el discurso. (p.168).

Si bien la denegación indebida a la practica de prueba evita que un determinado hecho se demuestre a traves de un medio de prueba, la discusion no gira en torno al

elemento factico al cual no se pudo llegar, sino a la forma en que el juez interpreto determinadas pautas para rechazar, inadmitir o excluir determinada evidencia solicitada por las partes.

Así las cosas se sostiene que el error que genera la denegación indebida a la practica de la prueba se subsume dentro de un error de derecho, ayuda a lo anterior precisar que uno de los criterios para establecer la causal a escoger para determinada proposición jurídica es los efectos que la misma persigue, las causales previstas en el numeral 1 y 3 del artículo 181 buscan un fallo sustitutivo o de remplazo mientras que la causal segunda tiene como objetivo principal retrotraer el proceso salvo si se alega una falta de congruencia entre la acusación y la sentencia lo que obliga a emitir fallo de remplazo, la denegación indebida de la prueba como motivo de casación no puede pretender un fallo de sustitución en la medida en que el Tribunal de Casación no realiza un ejercicio de formación de la convicción a partir de este medio de prueba dejado de practicar, no, la construcción argumentativa se proyecta a realizar un pronóstico objetivo de necesidad de la práctica de la prueba omitida a partir del criterio de la trascendencia en el fallo recurrido, de lo contrario y si el tribunal emitiera fallo de remplazo se sacrificarían otros derechos a las partes que no pudieron confrontar y contradecir el medio de prueba.

Lo anterior indica que esta proposición jurídica pretende dejar sin efectos la sentencia y el juicio con el propósito que se practique la prueba indebidamente denegada, bajo este criterio la causal por medio de la cual se debe emprender el estudio corresponde a la de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 906 del año 2004.

Sin embargo a pesar que la nulidad como causal de casación ha tenido un nutrido desarrollo en la Jurisprudencia Colombiana es necesario hacer unas precisiones

debido a las características de la proposición jurídica objeto de estudio a partir del estudio de principios como convalidación, interés y trascendencia que regulan el recurso de casación.

Se puede determinar que no es cualquier prueba la que tiene la vocación de servir para la construcción de esta proposición jurídica sino solo aquella que de manera objetiva formaría la convicción judicial en un sentido contrario al momento de adoptar la sentencia, esta situación nos obliga a discernir sobre qué elementos se puede fundar el Tribunal de Casación para saber si esa prueba tiene o no la proyección de cambiar el fallo, en ese orden de ideas necesariamente deben ser los argumentos ofrecidos por la parte al momento de la solicitud probatoria, de ahí la atención que deben tener las partes en las postulaciones de pruebas, porque no podría alegar situaciones distintas a las taxativamente alegadas en las oportunidades diseñadas en el procedimiento penal con fundamento en el principio de preclusión de los actos procesales.

La trascendencia que de acuerdo a el PEREZ PINZON (2011)³² se refiere en los siguientes terminos:

En materia de nulidad por vicios de garantía, indica que esta no existe sin perjuicio y sin la posibilidad de beneficio en caso de que prospere, con la petición previa de persona interesada. Enseña que por encima de una observación puramente formalista del derecho se impone la necesidad de demostrar la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se requieren, entonces, dos comprobaciones: una, la causación de un agravio con la actuación; y otra, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. En otras palabras: para

³²Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Introducción al Estudio de la Casación Penal, Editorial TEMIS pag158.

hablar de nulidad es imprescindible evidenciar que el error procesal ha generado deterioro o menoscabo al impugnante y que el decreto anulatorio le puede generar una ventaja.

Tratándose de violación directa o indirecta de la ley, tiene que ver con la importancia del error en la decisión judicial. Si el error influye en ésta total o parcialmente produciendo su alteración, es trascendente; si no incide en nada del fallo, es decir, si no hace que este sea modificado, es intrascendente.

Implica para la proposición jurídica en estudio, que una vez superado el análisis sobre el porqué se debió admitir la práctica de la prueba, los hechos que aportaría al proceso no se modificarían con otros medios de prueba que sí fueron practicados lo que implica un cotejo en conjunto de las pruebas practicadas con la información que se dejó de analizar para que a partir de allí se pueda identificar si se actualiza el requisito de trascendencia.

Por su parte el principio de convalidación asume que una vez estando en capacidad de alegar la existencia del error no se haga y por esta vía se acepte la irregularidad salvo que no se hubiera podido por ausencia en el derecho a la defensa o una evidente violación a algún derecho fundamental, así en el escenario bajo estudio es importante que se interpongan los recursos frente a la decisión que niega la práctica de la prueba y en punto, mantener la alegación en los alegatos finales y en el recurso de apelación a la sentencia de primera instancia.

CONCLUSIONES

Como conclusiones al presente trabajo de investigación se pudo establecer que en el desarrollo del concepto de la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica casacional en el esquema de la ley 906 del año 2.004, se evidencio que este motivo es un acto judicial que surge en etapas anteriores a la sentencia pero que la misma tiene una incidencia sustancial en esta decisión judicial lo que habilita la posibilidad de su estudio en el escenario del recurso de casación.

Se pudo identificar que la denegación indebida de prueba al ser un aspecto inherente al derecho a la defensa como derecho fundamental tiene relación con las finalidades previstas para la casación dentro de la estructura de la ley 906 del año 2004 y además se identificó que desde la perspectiva de interpretación de derecho fundamentales existen unos elementos implícitos al momento de decidir sobre el decreto a la práctica de la prueba que se deben observar por parte del funcionario judicial para evitar el estado de indefensión cuando se producen esta clase de errores judiciales.

Se pudo identificar que la estructura procesal y el objeto de conocimiento en la ley 906 del año 2.004 vendrían a ser elementos que generarían cambios significativos frente a la proposición jurídica en comparación con el proceso penal en vigencia de la ley 600 del año 2.000.

Se identificaron los principales elementos de técnica al momento de realizar la proposición jurídica en estudio desde la dinámica del sistema penal acusatorio.

Finalmente frente a la pregunta de investigación, los anteriores elementos sirven para concluir que el sistema penal acusatorio genera unos cambios

significativos en relación a la denegación indebida de la prueba como proposición jurídica en casación.

Bibliografía

Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Introducción al Estudio de la Casación Penal, Editorial TEMIS pag158.

Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos, Juzgar Estados Unidos y en Francia, Cultura jurídica francesa y common law, Editorial LEGIS, Primera Edición, 2010.

Ernesto L Chiesa, Tratado de Derecho Probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS Luigi Abraham-Editor, 2012.

Gilberto Martínez Rave, Procedimiento Penal Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis, Pag 15.

Jairo Parra Quijano, Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio, Editorial Temis S.A, Bogotá – Colombia, 2004.

Jordi Nieva Fenoll, en el Libro La Valoración de la prueba , Editorial Marcial Pons, 2013.

Michele Taruffo , EL VÉRTICE AMBIGUO, Ensayo sobre la casación civil. Biblioteca de derecho procesal, Editorial Palestra.

Michel Taruffo La prueba , Filosofía y Derecho, Editorial Marcial Pons, 2008.

Orlando A. Rodríguez Choconta, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Editorial Temis.

Oscar Julián Guerrero Peralta, Institutos Probatorios Del Nuevo Proceso Penal, Ediciones Nueva Jurídica.

Tratado de Derecho Probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS Luigi Abraham- Editor.

Teresa Armenta Deu citando J Díaz Cabiale, La Prueba Ilícita, segunda edición, Editorial Marcial Ponce, 2011.

¹ Procedimiento Penal Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis, Pag 15

¹ Jordi Nieva Fenoll, en el Libro La Valoración de la prueba , Editorial Marcial pons

José Joaquín Urbano Martínez, La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal, Editorial Ediciones Nueva Jurídica páginas, 2012.

La prueba en el proceso penal colombiano, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

Luis Fernando Bedoya Sierra, La prueba en el proceso penal colombiano, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2009.

Jurisprudencia

Sentencia T 589 del año 1.999, Corte Constitucional de Colombia, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU 159 del año 2002, Corte Constitucional.

Sentencia C- 025 del año 2009, Corte Constitucional M. P Rodrigo Escobar Gil .

Sentencia Radicado 22432 de octubre de 2006 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Sentencia Radicado 26975 de 22 de Abril del 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Sentencia Radicado 15640 de 14 de Noviembre del 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Sentencia Radicado 45790 del 27 de enero de 2016, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Sentencia SP 2133-2016 Radicación 41712 M.P, Corte Suprema de Justicia, José Leónidas Bustos Martínez , fecha 24 de febrero del año 2016.

Auto Radicado 16463 del 12 de Marzo del año 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Auto Radicado AP 6528-2016 M.P Corte Suprema de Justicia Luis Guillermo Salazar Otero, Sala Penal.

Auto Radicado 43.749 de fecha 20 de Agosto del año 2014, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Decisión del Tribunal Supremo Español STS 3586/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3586 Id Cendoj: 28079120012016100650 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 N° de Recurso: 328/2016 N° de Resolución: 643/2016 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO Tipo de Resolución: Sentencia.