

Sistema probatorio en el nuevo Código de Procedimiento Penal

*John Jaime Posada Orrego**

1. INTRODUCCIÓN

El marco de referencia de estas consideraciones de carácter probatorio es el decreto 2700 de 1991, o nuevo Código de Procedimiento Penal (en adelante NCPP); obviamente, existen remisiones obligadas a los estatutos procesales anteriores, pero ello obedece a la necesidad de utilizar el sistema de comprensión por comparación, gracias al cual se pueden poner de relieve los aspectos más novedosos del estatuto en estudio.

No se pretende desarrollar en este estudio todos los aspectos atinentes a la teoría general de la prueba y a los medios probatorios, lo cual excede los límites de esta exposición, sino abordar los temas desde el punto de vista que mayor preocupación generan en relación con la prueba, tales como el presupuesto de la legalidad, controlada esta ya por los sujetos que intervienen en su producción, los requisitos que la ley exige para cada medio de prueba, así como el pleno cumplimiento de los mandatos que dimanen de los principios rectores, tanto constitucionales como legales.

2. PRINCIPIOS RECTORES

El proceso penal constituye, a no dudar, uno de los mayores mecanismos de control de que el Estado dispone en su relación con los individuos, pero es a la vez el único medio legítimo de que se ha provisto para el ejercicio de las limitaciones personales que él impli-

* Profesor de derecho procesal penal en la Universidad de Antioquia.

ca. Por ello, cuando se habla de proceso penal no puede pensarse, a manera de receta, en un conjunto de actos que lo componen, sino en una actividad reglada por el derecho, iluminada por una serie de principios que lo inspiran y determinada por la directriz general que le es propia, esto es, por la presencia del debate sobre uno de los bienes jurídicos más caros al individuo, como es su libertad.

Lo anterior obliga a que *la prueba*, nervio central del proceso penal, puesto que constituye la forma como toman vida los hechos en el debate, se nutra igualmente de todos los elementos que dan validez a la producción procesal de los actos; lo cual cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el legislador consagró en capítulo independiente los *principios generales* de las pruebas, como normatividad de obligatorio cumplimiento, derecho positivo que determina la forma como los medios de prueba aparecerán en el proceso.

En efecto, el art. 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso como derecho fundamental de los individuos. De él se derivan en lo atinente a la prueba los siguientes *principios*:

En primer lugar, nadie podrá ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En segundo lugar, quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

En tercer lugar, es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, y, para concluir, el carácter público del debido proceso.

Dicha norma señala la observancia de las formas como principio rector, porque el legislador ha dispuesto para cada medio de prueba los requisitos que deben llenarse en su producción. Este elemento integrante del debido proceso aparecía en la Constitución de 1886, no así los relacionados con el derecho del sindicado a presentar y controvertir pruebas y la nulidad de pleno derecho, los cuales constituyen un desarrollo del concepto debido proceso en la nueva Constitución. El concepto nulidad de pleno derecho será analizado en el campo de sanciones que se derivan de la ilegalidad de la prueba.

Igualmente, el NCPP consagra en el Título Preliminar algunas normas rectoras que están vinculadas en forma directa con el tema, las cuales son objeto de complementación con las contempladas en el título de las *pruebas*. En efecto, se regula, en primer lugar, el *debido proceso*, como centro motriz del cual dimana el contenido de los demás principios, estatuyéndose como parte de su desarrollo el derecho que tiene el sindicado a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

También se prevé, en segundo lugar, el reconocimiento de la *dignidad humana*, cuya cabal aplicación en materia probatoria es de importancia suma, pues constituye el reconocimiento expreso de todo cuanto tiene que ver con la persona humana; por ello, el funcionario judicial no puede adquirir el grado de convicción que requiere para tomar sus decisiones de cualquier manera, sino que se exige el respeto de los derechos inherentes a dicha condición. Con desarrollo específico de este principio se encuentran los arts. 262 y 263 del NCPP, en cuanto exigen que el examen médico o clínico o la internación en centro hospitalario se realice preservando siempre los derechos fundamentales.

Igualmente, debe destacarse la remisión expresa que el art. 2º, consagradorio de dicho principio, hace a los tratados de derecho internacional incorporados a la legislación, y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, la cual no aparecía en el art. 2º del decreto 50 de 1987. Esta disposición debe, entonces, armonizarse con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de noviembre 22 de 1969 (ley 16 de 1972); con los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos; con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas —diciembre 16 de 1966— (ley 74 de 1968); y con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ley 70 de 1986).

En tercer lugar, aparece el *principio de contradicción* consagrado en el art. 7º del NCPP, y de cumplimiento, en todo el desarrollo del proceso. Este postulado trae consigo el derecho a que los distintos sujetos intervinientes en el proceso, de acuerdo con las facultades que la misma ley les reconoce, participen en las distintas etapas de la producción de la prueba, esto es, su petición, decreto, práctica y valoración.

También, en cuarto lugar, debe mencionarse el *principio de publicidad*, cuyo fundamento es la Constitución, como ya se advirtió, e implica, en términos probatorios, la presencia de los siguientes extremos: el conocimiento de la actuación procesal desplegada por los distintos intervinientes, esto es, inexistencia de reserva sumarial; la providencia previa que ordena la práctica de la prueba, de tal modo que todos tengan la oportunidad de participar en ella. Así mismo, el carácter público de la prueba en sí, lo cual exige el conocimiento de todos los que participen en su práctica, sin ocultamiento de los órganos de la prueba, los medios como ella aparece en el proceso, etc.; y para terminar, la publicidad de la prueba practicada que brinde la garantía de ejercer los distintos mecanismos de control que la ley consagra.

En quinto lugar, debe aludirse al postulado de la *prevalencia de las normas rectoras*. Lógicamente, con respecto a los principios mencionados, el art. 22 del NCPP tiene plena vigencia, y su aplicación es siempre preferente y prevalente sobre todo tipo de consagraciones legislativas que pretendan limitar el alcance de aquellos, lo cual no ha obstado para que muchas de las normas del NCPP atinentes a los medios de pruebas desarrollen de manera lesiva las garantías consagradas, como se verá a lo largo de la exposición.

Finalmente, en sexto lugar, en el título v, capítulo 1, del NCPP, se regula lo relativo a los *principios generales de las pruebas*, consagrándose varias disposiciones relacionadas directamente con la legalidad de la prueba, como los arts. 246 (necesidad de la prueba), 250 (rechazo de las pruebas); y otras que recaban lo señalado en la primera parte del estatuto, tales como los arts. 251 (contradicción) y 252 (publicidad). También, se consagra el sistema de la apreciación razonada o sana crítica para la valoración probatoria, así como el principio de la unidad de la prueba, de conformidad con el cual deben valorarse en conjunto (art. 254).

No obstante lo anterior, debe destacarse que en el NCPP no se consagró expresamente el principio de legalidad de la prueba, expresado en el art. 252 del C. de

P. P. anterior, en los siguientes términos: “Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas al proceso, serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia”. Lógicamente, ello no significa que pueda ser inaplicable, pues el desarrollo del debido proceso y el principio de la necesidad de la prueba exigen perentoriamente que la prueba sea legal, regular y oportunamente allegada a la actuación, y estos presupuestos no podrán darse si no se tiene conocimiento de la providencia que ha ordenado la práctica de un medio probatorio (publicidad) y por lo tanto no se permite, por desconocimiento, la oportunidad de participar en su práctica (contradicción).

Así mismo, tampoco se estipuló en este capítulo como principio general el *in dubio pro reo* que, por tradición sistemática, en los estatutos procesales de 1971 y 1987 (arts. 216 y 248 respectivamente) se ubicaban en él. No obstante, en el NCPP aparece en el libro III, relativo al juicio como desarrollo del principio de la presunción de inocencia, en el art. 445: “Toda persona se presume inocente, mientras no se haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado”.

Tal cambio de ubicación no influye en absoluto en las consecuencias que se derivan de su debida aplicación, pues debe entenderse que su operancia es extensiva a todo el proceso, es decir, en todas las actuaciones penales. Si, por ejemplo, en la etapa instructiva surge la duda acerca de si se reúnen o no los presupuestos para dictar una medida de aseguramiento, el fiscal deberá abstenerse de hacerlo.

En cuanto a las demás disposiciones consagradas en el capítulo I, ellas serán analizadas en el desarrollo de este trabajo, advirtiendo que en materia de principios dos directrices deben servir para su aplicación: en primer lugar, como señala GONZÁLEZ VÁSQUEZ, en materia probatoria “los principios generales de la prueba confluyen como sistema, se ubican armónicamente para producir un resultado, que es el de la convicción, para asumir la certeza, y confluyen de tal forma los elementos de un sistema que todos ellos deben ser perfectos, sanos, so pena que no podemos adicionar a un principio, sanamente fabricado, otro en el cual se ha fijado su nulidad. Una prueba mal practicada, fruto de un error de procedimiento, o fruto de las presiones, prueba en la cual se le dio la espalda a la legalidad de la prueba, es prueba que no podrá arrimarse a otro de los principios, porque producirá una contaminación de estos, no podrá arrimarse, por ejemplo, a la necesidad de la prueba”¹.

En síntesis, pues, cada vez que nos encontremos frente al juicio de legalidad en relación con todos y cada uno de los medios de prueba, los principios no pueden ser analizados en forma independiente, como compartimientos, estancos, sino como un sistema integrado que se contamina con la afección de uno solo de los elementos que la integran.

¹ DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, “Principios generales de la prueba”, conferencia inédita, Universidad de Antioquia, Seminario sobre NCPP, 1992.

En segundo lugar, porque los principios, como directrices marco, no son simplemente normas de referencia o de aplicación voluntaria. Por ello expresa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: “Lo que en este sentido caracteriza los principios normativos del derecho es que condicionan la validez de todas las restantes normas del sistema, de modo que ninguna puede valer contra tales principios, porque ninguna posee sin ellos sentido obligatorio. No hay, pues, ni puede haber, normas jurídicas contrarias a los principios normativos porque estos son para ellas el fundamento imprescindible de su validez y obligatoriedad”; y en párrafo posterior del mismo escrito agrega: “Para decirlo de modo más claro, los principios jurídicos normativos expresados en normas internacionales sobre derechos humanos, en normas constitucionales o en las normas rectoras de carácter legal, tienen fuerza supranormativa, por cuanto no operan como pautas directas de la conducta ciudadana, sino como superior criterio valorativo, ordenados y limitados de las restantes normas del ordenamiento nacional”².

3. LA PRUEBA Y LOS SISTEMAS PROCESALES

El discurso oficial ha caracterizado al NCPP como un sistema procesal acusatorio; no obstante, en relación con la prueba varias serían las precisiones que habrían de hacerse para determinar si en verdad tal afirmación se corresponde con lo consagrado en la normatividad.

El carácter de titular de la acción penal en cabeza del Estado, ejercida por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa del sumario y por los jueces competentes durante la etapa del juicio, dicta de por sí pauta de lo que ocurre en materia probatoria. En desarrollo de esta titularidad, el fiscal debe realizar la instrucción, ordenando la práctica de las pruebas que considere convenientes para el total esclarecimiento de los hechos, y es, desde la etapa de investigación previa, el director de la recolección de la prueba (véanse arts. 320 y 330); estas facultades son absolutamente inquisitivas, y le permiten al fiscal cumplir de manera ilimitada los objetivos de la investigación. Por ello, el art. 334 del NCPP señala que el funcionario ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación.

No obstante la creencia generalizada en el sentido de que el fiscal tiene como misión especial la de acusar, es decir, que su actividad va dirigida a desarrollar el *ius puniendi* a toda costa, tal concepto es equivocado. Ciertamente, el art. 250 de la Constitución consagra como función la de acusar a presuntos infractores, pero ello no significa que su tarea sea esencialmente acusatoria, como se deduce de un análisis sereno de la normatividad.

² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras (conceptos generales)*, comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991, págs. 22 y 23.

Al respecto, el fiscal general de la nación, en publicación aparecida en el periódico *El Tiempo*, ha dicho: "La Fiscalía es un aparato enorme con capacidad de acoplar pruebas y armar el expediente necesario para que los jueces puedan fallar; y fallar, no tengo miedo de decirlo, en el sentido que la Fiscalía lo desee. En el instante de acusar, la Fiscalía ya es una parte interesada en el proceso. En pocas palabras, la Fiscalía va a demostrar que el crimen no es una empresa rentable"³.

Como es obvio, ello ha creado mayor confusión, máxime si se tiene en cuenta que el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación (decreto 2699, del 30 de noviembre de 1991), señala en su art. 3º, numeral 8, que aquella entidad está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales que le asistan. Ello significa que la actividad probatoria del fiscal no está dirigida a producir pruebas de cargo, sino a cumplir con sus funciones de investigación y acusación, "de conformidad con el respeto del derecho de defensa, los derechos humanos, y haciendo prevalecer el derecho sustancial" (art. 6º ídem). Tal régimen de garantías de los derechos humanos halla su realce en los arts. 6º, 22 numeral 10, 25 numeral 3º y 34 numeral 4º, del mismo estatuto.

De otro lado, atendiendo al mismo sistema inquisitivo de decreto oficioso de pruebas, el art. 448 del NCPP permite al juez decretar las pruebas de oficio que considere necesarias. Es decir, su función administradora de justicia no radica solo en juzgar, sino que además se le otorga la de decretar de pruebas con miras a la determinación de la verdad real (art. 24 NCPP); a su turno, el último inciso del artículo citado señala que "el juez podrá decretar pruebas de oficio".

En lo que se relaciona con la valoración de la prueba, ello será materia del acápite VI.

4. LA INTANGIBILIDAD DE LA PRUEBA

El art. 314 del NCPP consagra la intangibilidad de las garantías constitucionales en materia de pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión.

Esta disposición cubre las pruebas practicadas en la etapa de investigación previa, pero es claro que lo que se pregona es su aplicación en el desarrollo de todo proceso.

Podemos enunciarlo así:

—*Art. 131.* Intervención del ministerio público en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

—*Art. 132.* Garantía de la observancia de los derechos humanos en todas las actuaciones. Incluye, lógicamente, lo relacionado con todas de producción de la prueba.

³ *El Tiempo*, 28 de junio de 1992, pág. 1B.

— *Art. 156.* Utilización de medios técnicos que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales.

—*Art. 161.* Es de gran significación la sanción de la inexistencia de las pruebas practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor. Ello reportará elementos de discusión en la problemática de la determinación del valor probatorio de la versión libre en la etapa de investigación previa.

— Este acatamiento a la intangibilidad de la prueba, obra igualmente en relación con el decreto de pruebas. El art. 249 del NCPP señala que el funcionario judicial (fiscal o juez) debe averiguar con igual celo las circunstancias agravantes como las atenuantes de la responsabilidad del sindicado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella. Se recoge así el principio de la presunción de inocencia (arts. 29, C.N. y 2º NCPP).

—*Art. 250.* Obliga al rechazo de las pruebas *cuando*: a) no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos del proceso; b) hayan sido obtenidas en forma ilegal; c) la ley las hubiere prohibido; d) sean ineficaces; e) versen sobre hechos notoriamente impertinentes; f) sean manifiestamente superfluas.

—*Art. 258.* Para el debido cumplimiento de todos los presupuestos que se han señalado, y en aras de la protección de la prueba, se establecen sanciones para quien impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de la prueba.

—*Art. 262.* Manda la immaculación de la prueba, exigiendo el respeto de los derechos humanos fundamentales en los exámenes médicos o clínicos que se realicen al imputado.

—*Art. 263.* Exige la preservación de los derechos fundamentales cuando se interne al imputado en un centro hospitalario, para la observación de su estado síquico o corporal.

—*Art. 408.* Derechos de la persona privada de la libertad, específicamente recibir en el lugar de la reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, como los de no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos.

—*Art. 29 C.N. Nulidad del pleno derecho.* Decir nulidad de pleno derecho es tanto como afirmar que la nulidad debe decretarse cuando en la producción de la prueba no se han observado los presupuestos del debido proceso de una manera manifiesta, palmaria.

A pesar de que siempre se ha afirmado que la nulidad de pleno derecho es aquella que por su entidad no requiere pronunciamiento judicial, en nuestro sentir de todas formas precisa la declaración judicial de nulidad, por la importancia que ello pueda tener en relación con el principio de la contradicción de la prueba y la determinación de la causal de casación.

En este punto es necesario abordar el problema del valor probatorio de los elementos hallados en realización de una actuación ilegal, y de los cuales pueda derivarse un compromiso penal. En otras palabras, cuál es la validez de la prueba obtenida por los organismos de seguridad, por ejemplo, cuando ella se deriva de

la práctica de un allanamiento ilegal, por no haberse cumplido con los presupuestos procesales para su debida realización.

La CSJ, mediante sentencia de casación —junio 1º de 1990, radicación 4494. M. P.: Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL— sostuvo la siguiente tesis: “Encuentra la Sala propicio aclarar que aun en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él. Recuérdese en primer lugar que es la misma Constitución Nacional la que dispone que en los casos de flagrancia se puede entrar para aprehender al infractor. Por eso, si en lugar no abierto al público se está cometiendo un delito, o si se tienen indicios serios para suponer que ello está ocurriendo, la autoridad puede allanarlo sin la orden correspondiente”⁴. Con fundamento en esto, concluye la Corte que la prueba obtenida en tales circunstancias es plenamente válida.

No compartimos el criterio expuesto, por las siguientes razones:

En primer lugar, los arts. 23 y 24 de la Constitución de 1886, respectivamente, no permitían el registro de domicilio sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, excepto cuando los agentes de la autoridad persiguieren a una persona que estuviere delinquiendo y se refugiare en su propio domicilio.

En segundo lugar, idéntica conclusión se extrae de la debida relación entre los arts. 28 y 32 de la Constitución de 1991.

En tercer lugar, en el art. 368 del anterior C. de P. P. se señala la necesidad de orden de allanamiento escrita de autoridad competente previo auto motivado, cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obre orden de captura, o que habiendo sido víctima de un delito debe ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción, o que provengan de su ejecución. Tal normatividad es reproducida en el art. 343 del NCPP.

En cuarto lugar, lo anterior significa que la tesis de la CSJ, para el momento en que se dictó, no gozaba de apoyo constitucional ni legal, ya que en los supuestos descritos el mismo Código exige la orden escrita, y la Constitución Nacional solo lo permite cuando esté en presencia de una persecución y refugio del perseguido en su propio domicilio. Ese es el alcance inequívoco de la norma.

También, en quinto lugar, los planteamientos sostenidos en dicha providencia resultan sumamente peligrosos, porque deja en manos de los organismos de policía judicial (organismos de seguridad) la determinación de las circunstancias de la flagrancia y de los serios motivos para creer que se está cometiendo un delito. Corresponde a lo que se ha denominado por algún sector de la doctrina como “flagrancia permanente”, así: si se allana y se encuentran elementos de delito, existe flagrancia. Si se allana y no existen fundamentos para derivar una relación con el proceso penal, el ciudadano habrá perdido el derecho a su intimidad, se habrán lesionado sus garantías mínimas y sabrá que en todo momento estará sometido a la más absoluta zozobra que cualquier régimen autoritario pueda implantar.

⁴ *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, núm. 224, agosto 1990, pág. 595.

En nuestro sentir, la prueba recaudada, la evidencia obtenida, la captura realizada, el elemento ilícito encontrado no tienen ninguna validez cuando se han lesionado las garantías que se consagran como límites del Estado en la pesquisa penal.

Para terminar, digamos que rescatamos como criterios de una validez incontrastable los planteamientos esbozados por la profesora BERNARDETTE MINVIELLE, en el sentido de que “Si los derechos constitucionales expresa o implícitamente consagrados constituyen derecho positivo e imperativo vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso un medio de prueba obtenido con violación a tales derechos, el juez debe rechazarlo por inadmisibles. La regla de exclusión del medio de prueba, resultaría deducida de la disciplina constitucional; más concretamente, de la Declaración de los Derechos Humanos.

”Por dicha vía, e mero derecho «declarado» adquiere la calidad de derecho «garantizado». La garantía consiste en la actuación jurisdiccional tuteladora del derecho, *en función de que rechaza el fruto o resultado de su violación. En caso contrario, es decir, su aprovechamiento judicial, se resolvería en una nueva y sucesiva violación*”⁵ (subrayas nuestras).

5. SUJETOS DE LA PRUEBA

El decreto 409 de 1971 estipulaba en forma clara los sujetos de la petición y práctica de la prueba, en su art. 219. Tal disposición no fue reproducida por el decreto 50 de 1987, y solo en el art. 249 señalaba que las partes podrán pedir pruebas y participar en su práctica.

El NCPP al desarrollar el principio de contradicción enseña que los sujetos podrán solicitar pruebas y controvertirlas en las etapas de instrucción y juzgamiento. En los procesos de competencia de los jueces regionales se limita la controversia probatoria para la etapa del juicio, ya que en la instrucción solo se permite conocer las pruebas.

En los demás procesos, los sujetos podrán intervenir en la etapa de investigación previa, participando en la petición y práctica de pruebas. Tal conclusión se deriva de las facultades y derechos que otorga la ley ante los funcionarios judiciales, de acuerdo con el art. 314 del NCPP.

Son sujetos de la petición de la prueba los siguientes: 1) quien haya rendido versión libre; 2) el sindicado en la etapa del sumario y el procesado en la etapa del juicio; 3) el abogado defensor que asista la versión libre, la diligencia de indagatoria o actúe en el proceso penal; 4) el ministerio público; 5) el abogado de parte civil; 6) el tercero incidental solo en relación con el incidente; 7) el tercero civilmente responsable; 8) cuando se trate de delitos que lesionan los intereses colectivos, cual-

⁵ BERNARDETTE MINVIELLE, “Allanamiento ilegal: Violación al derecho de la intimidad y de las garantías del «Debido Proceso»”, en revista *Doctrina Penal*, núm. 38, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987.

quier persona que se crea con derecho, de acuerdo con las normas del procedimiento civil (art. 48, inciso 2° NCPP); 9) el fiscal, al adquirir la calidad de sujeto procesal, una vez se ejecutorie la resolución de acusación.

Entendemos por sujeto de la petición aquel facultado para solicitar pruebas, exigir un pronunciamiento judicial respecto de su petición, e interponer recursos frente a la providencia que niegue tal solicitud. Es por ello por lo que no incluimos en esta enumeración a la víctima o perjudicado, quien, al igual que los sujetos mencionados puede aportar pruebas, pero no está facultado para controlar su no aceptación (art. 28 NCPP).

El supuesto de contradicción de la prueba reclama la participación en su práctica de los sujetos procesales ya mencionados, los cuales a su vez son sujetos de la valoración mediante presentación del alegato precalificatorio y su actuación en la audiencia pública. Por excelencia, el fiscal y el juez son los sujetos de la valoración, pues sus decisiones, de carácter obligatorio, constituyen el máximo de apreciación probatoria.

6. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Dentro del capítulo de los principios generales se consagra como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica o de la apreciación razonada (art. 254 NCPP). Tal disposición manda igualmente la aplicación del principio de la unidad probatoria o apreciación en conjunto de las pruebas. En ello se destaca lo que constituye un desarrollo adecuado del régimen acusatorio en esta materia, dejando al pasado la orientación tarifaria propia del opuesto sistema inquisitivo.

Tal principio se aplica en relación con cada uno de los medios de prueba, así: a) El art. 273 del NCPP manda al juez tener en cuenta al apreciar el dictamen pericial, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos obrantes en el proceso. b) En igual sentido, el art. 294 señala los criterios para la apreciación del testimonio, conforme al sistema rector de la sana crítica, establece algunas pautas de valor que permitan inferir los criterios que deban tenerse en cuenta, tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del testigo, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron los hechos, la personalidad del declarante, etc.

En cuanto a la confesión, el art. 298 del NCPP reitera lo ya dicho.

Debe tenerse en cuenta que si bien la sana crítica es el método de valoración, no por ello puede afirmarse que ha desaparecido todo vestigio del sistema tarifario. El contenido de varias disposiciones permite corroborar lo ya dicho: en primer lugar, en materia de terminación anticipada del proceso, el juez dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios, cuando exista *prueba suficiente* que respalde la calificación jurídica del delito y la pena imponible. En segundo lugar, en cuanto a la reconstrucción de expedientes se prevé la *presunción* de la existencia de las pruebas en que se funda una providencia,

cuando se tienen disponibles o presentes las respectivas copias (art. 166 C. de P. P.). En tercer lugar, en materia de prueba documental se les otorgó el carácter de auténtica a los documentos enunciados en el art. 277 del NCPP, si el sujeto procesal contra el cual se aduce no desconoce su conformidad con los hechos o las cosas que se expresan en ellos, antes de la finalización de la audiencia pública. En cuarto lugar, al referirse a la resolución inhibitoria, el NCPP exige que esté *plenamente* demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad. En quinto lugar, con respecto a la calificación, se exige que si no existen pruebas *necesarias* para optar por una de sus formas, el fiscal se abstenga de cerrar la investigación. Finalmente se exige como requisito sustancial para dictar una medida de aseguramiento el que exista por lo menos un *indicio grave*.

Las anteriores consagraciones son suficientemente ilustrativas de que aun en el NCPP, el funcionario judicial sigue atado a una serie de condicionamientos que no permiten una aplicación plena del sistema de la sana crítica⁶.

7. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

La referencia a cada uno de los medios de prueba se hará solo en relación con aquellos aspectos que hayan sufrido alguna modificación en el nuevo estatuto procesal o que resulten problemáticos o importantes de resaltar.

A) La inspección

Atendiendo al principio de legalidad de la prueba, el art. 260 del NCPP trae como requisito para la prueba de inspección judicial, que se decrete por medio de providencia en la cual se expresen los puntos materia de tal inspección. Sin embargo, en el inciso segundo de esta disposición se consagra una excepción a tal exigencia, permitiendo que la inspección se practique en la investigación previa sin necesidad de que la ordene. Igual situación puede presentarse en la etapa de instrucción, pero practicada la prueba, deberá ponerse el acta a disposición de las partes por el término de tres días, para solicitar su adición si así lo consideran.

En el acápite correspondiente a los principios rectores se destacó que estos no eran meras declaraciones, sino derecho positivo de obligatorio cumplimiento, que por su carácter rector no permiten excepciones. Por ello, consideramos que solo se cumplen a cabalidad con un régimen de legalidad probatoria que permita el debido ejercicio de los principios de publicidad y contradicción, si previo a la práctica de la prueba judicial se ha dictado providencia que la ordene. No basta poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de la observación; es necesario además que en la diligencia visual o examinatória se permita el debido control de lo que en ella ocurre, para que así cada uno deje plasmado lo que inspecciona por sus propios medios.

⁶ DARIÓ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal, Medellín, Señal Editora, 1987, pág. 92.

Si para respaldar lo anterior no fueren suficientes las varias disposiciones legales, debe tenerse en cuenta la indicación constitucional del art. 29 en cuanto al principio de publicidad. Por lo tanto, practicar la prueba sin orden previa significa, ni más ni menos, declarar secretas las etapas del decreto y práctica de las pruebas.

Si quisiéramos resaltar otros aspectos, no podríamos pasar por alto la importancia que el NCPP da a la prueba sobre el estado de las personas. En efecto, siempre bajo el presupuesto del respeto por los derechos humanos fundamentales se consagra la probabilidad de que al imputado se le practiquen exámenes médicos o clínicos que puedan dar luces sobre el hecho punible, sus circunstancias y el grado de responsabilidad de aquel, o para que se le interne en un centro hospitalario cuando fuese necesario para la observación de su estado síquico o corporal. En este último caso se exige que la decisión sea notificada personalmente al ministerio público, o en su defecto al defensor del pueblo, a fin de que sea resuelto por quien fuere competente para conocer del recurso de apelación, en caso de que uno de ellos se opusiere. Esta circunstancia resulta novedosa como factor de conocimiento del proceso por parte del funcionario de segunda instancia.

Es importante en este punto traer a consideración el problema relativo al consentimiento del imputado para realizar los exámenes médicos o clínicos, o para su internación en un centro hospitalario.

Resulta cierto que en virtud del instituto de la detención preventiva el individuo se ve limitado del derecho a su libertad; ¿pero implica este también la obligación de ser objeto de inspección judicial?

Si el sindicado guarda en su cuerpo elementos, huellas o señales que permitan clarificar los hechos materia de investigación, ¿debe soportar que por orden judicial sea examinado, o podrá oponerse no prestando su consentimiento? O si se resiste a internarse en un hospital, ¿podrá hacerse en contra de su voluntad para efectos de observar su estado síquico o corporal?

Ambas situaciones —ya lo habíamos anotado— están cobijadas por la necesaria observancia de los derechos humanos fundamentales. La Constitución consagra en su art. 15 que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal; además, el art. 33 de la misma Carta manda que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

En contra de estas garantías parecieran estar los términos “podrá ordenar” y “ordenará”, referidos a las facultades del funcionario judicial en relación con el imputado. En verdad, el punto cardinal del asunto radica en la necesaria conservación, a toda costa, de los derechos mínimos fundamentales. En relación con el aspecto que se discute, el conocimiento requerido a partir de la inspección judicial tiene sus límites, los que, en mi sentir, están constituidos por el previo consentimiento de la persona comprometida penalmente para permitir que sobre sí se realicen exámenes o se observe su conducta en un centro hospitalario. Se aplican aquí los principios

de libertad y espontaneidad que rigen en materia de confesión. Esta es la única forma de dar cumplimiento a lo estipulado por la Constitución Nacional⁷.

B) La prueba pericial

Debemos destacar frente este medio de prueba lo siguiente:

En primer lugar, el capítulo III, “De la prueba pericial”, desarrolla en gran medida lo que ORTIZ RODRÍGUEZ⁸ señala como presupuestos necesarios para la estructura lógica de este medio de prueba.

En efecto, la exigencia de que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado, y que en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, al igual que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, nos marca el esquema del dictamen pericial. Es de anotar que este constituye apenas un eslabón en la estructura que propone el autor citado.

Lo consagrado en el art. 287 del NCPP, de mayor claridad que las exigencias de exponer las razones en que se funda, previstas en el art. 272 del anterior estatuto procesal, ya que marca un hilo conductor de conexidad entre los hechos, las técnicas realizadas y las conclusiones.

En segundo lugar, a manera de ilustración reseñamos algunos casos en los cuales procede el dictamen pericial y que tienen que ver precisamente con aspectos científicos, técnicos o artísticos, tal como lo señala el art. 264 del NCPP. Para consulta citamos los siguientes artículos: 261, 264, 295, 335, 337, 338 inc. 2°, 397, 405, 407, 417, 426 y 427.

En tercer lugar, se exige al perito no oficial, designado por nombramiento especial, explicar la experiencia que tiene para rendir el dictamen (art. 266 NCPP). En verdad, la exigencia debe ser para toda clase de peritos, pues lo cierto es que su carácter de oficiales no garantiza su idoneidad. Téngase en cuenta, además, que uno de los criterios para la apreciación del dictamen (art. 273 NCPP) es la idoneidad de los peritos, sin distingo alguno.

En cuarto lugar, el debido contradictorio de este medio de prueba está precedido de un mecanismo de control, consistente en que el funcionario, antes de correr traslado del dictamen, examina si se reúnen los requisitos señalados en la ley para su estructuración. Si se encuentra que falta alguno, o que el dictamen se compone de la simple expresión de las conclusiones, debe inadmítirlo. En el último caso, creemos que no basta con ordenar al perito que elabore el dictamen cumpliendo con los requisitos, sino que es menester, para efectos de la sanidad de la prueba, cambiar dicho perito por otro, que responda con mayor solvencia a la pretensión de conocimiento que de él se espera.

⁷ Sobre este punto puede consultarse a HERNÁN VÍCTOR GULLCO, “¿Es necesario el conocimiento del interesado para una inspección corporal?”, en revista *Doctrina Penal*, núm. 45, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989.

⁸ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Lecciones de derecho probatorio penal*, 1ª ed., Impresos Baena Garcés, 1987, págs. 153 y ss.

Así mismo, en quinto lugar, en materia de objeción del dictamen, desaparecen las causales de violencia o dolo, persistiendo únicamente el error. En verdad, la doctrina de tiempo atrás venía sosteniendo que la coacción y el dolo afectaban el valor probatorio del dictamen, pero además, lo viciaban de nulidad, en cambio el error grave le restaba fuerza probatoria.

En sexto lugar, el art. 272 NCPP, atendiendo a la necesidad de que establecer la verdad histórica en el proceso debe ser la finalidad primordial de la prueba, permite que los sujetos procesales soliciten al juez que haga comparecer a los peritos, para que estos expliquen dictámenes y respondan las preguntas pertinentes, que se relacionen directamente con el cuestionario que a ellos se les haya formulado previamente.

En séptimo lugar, se amplían las posibilidades de controversia, dando lugar así a que en un momento dado, el funcionario judicial puede encontrarse en frente de varios dictámenes periciales, de tal modo que, atendiendo al principio de la unidad probatoria, su juicio se acerque a la acertada convicción. Todas estas facultades de los sujetos procesales se plasman en el art. 271 NCPP.

Finalmente, el artículo 263 NCPP, encontraría mejor ubicación sistemática si se hubiese consagrado en el capítulo de la prueba pericial, tal como estaba plasmado en el artículo 274 del anterior estatuto procesal. Pues en verdad, más que una inspección judicial, lo que se requiere es la prueba pericial para determinar el estado síquico o corporal del imputado.

C) Documentos

En materia de prueba documental, encuentro ilustrativo señalar lo siguiente:

En primer lugar, tal vez con el ánimo de evitar el sinnúmero de inconvenientes que trae consigo plasmar definiciones en los estatutos procesales, se decidió no consagrar la noción de "Documento" en el capítulo IV de la prueba. Con ello se evitan las críticas ya formuladas a las previas definiciones⁹, y se permite que este campo sea ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, al igual que el relativo a las clases de documentos.

En segundo lugar, es importante reiterar que el art. 28 del NCPP permite a la víctima o al perjudicado aportar pruebas, y entre ellas, lógicamente, se encuentra la prueba documental.

En tercer lugar, el punto de la autenticidad del documento sufre algunas modificaciones importantes:

El art. 284 del Código procesal anterior señalaba:

"Autenticidad. El documento público es auténtico mientras no se demuestre su falsedad.

"La autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales".

Por el contrario, el NCPP consagra el reconocimiento tácito en el sentido de que son auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las xerocopias, las fotocopias, el télex, y, en general, cualquier otra declaración o representación mecánica de hechos o cosas, si el sujeto procesal contra el cual se aducen no desconoce, antes de la finalización de la audiencia pública, su conformidad con los hechos o las cosas que se expresen.

Para todos los efectos, es decir, tanto en lo atinente al documento privado como al público, debe precisarse lo siguiente:

En primer lugar, el sistema de valoración general de la prueba es el de sana crítica, por lo cual es a partir del autor del documento, de su contenido, de su capacidad representativa, etc., de donde el funcionario puede deducir el verdadero valor de este.

En segundo lugar, lo anterior se indica porque, si bien la consagración legal anticipada de autenticidad se corresponde con un régimen de tarifa legal, la autenticidad es apenas un punto de partida para la valoración de la prueba, no un punto de llegada, pues "El juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba"¹⁰.

En tercer lugar, la autenticidad no se deriva de la clase de documento, sino de que se hubieran o no desconocido los hechos o las cosas que se expresan en él, antes de la finalización de la audiencia pública. De tal manera que obedece a un doble criterio: por un lado, que se controvierta la prueba documental por otros medios que resten fuerza a los hechos o cosas en él plasmados; y, por el otro, que se realice antes de la finalización de la audiencia pública.

Finalmente, el requerimiento como testigos de los funcionarios de la policía judicial, para que sean llamados al proceso, debe ubicarse en el capítulo de la prueba testimonial y no en el de la prueba documental; además, sería importante pensar si en verdad se requiere consagración expresa, pues en nuestro sentir es absolutamente innecesario.

D) El testimonio

A continuación se formulan algunas consideraciones acerca de las modificaciones de carácter formal, para prestar atención al asunto basilar de la prueba secreta, y específicamente del testigo secreto.

En primer lugar, sin que se amplíe el deber de rendir testimonio, debe anotarse que el art. 282 del NCPP precisa con mayor rigor lo que también se encontraba consagrado en el estatuto anterior, en cuanto al deber de declarar. En el caso de los menores de doce años se requiere la presencia de su representante legal o de

⁹ DARIÓ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, ed. cit., pág. 96.

¹⁰ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalla Editor, 1970, pág. 535.

un mayor, y al referirse a las personas jurídicas se exige que el testimonio sea rendido por el representante legal o su apoderado.

Así mismo, en segundo lugar, estimamos de dudosa factura jurídica la excepción consagrada en el art. 284 del NCPP, la cual señala que no se está obligado a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio, *salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro* (subrayas nuestras).

La calificación de lo que pueda constituir un delito *a posteriori* radica en un proceso penal, único camino establecido para determinarlo, quedando siempre pendiente del juicio del profesional a quien se le haya confiado el secreto, si él sabía o no del carácter ilícito de tal conducta. Por otra parte, es restarle categoría a la relación de íntima de confianza que debe existir entre el profesional y el cliente, y sembrar la semilla de la duda en el primero, sometiéndolo a posteriores interrogatorios y, por qué no, hasta vincularlo a un proceso penal. No estamos lejos de eso.

En tercer lugar, son importantes como criterios legislativos los señalados en el art. 295 para la apreciación del testimonio, y como desarrollo del concepto “sana crítica”, que en veces los aplicadores de la ley no saben a qué se está haciendo relación. Es la aplicación de la teoría del conocimiento al campo de la prueba.

En cuarto lugar, refiriéndonos al testigo secreto; tenemos: la integración a la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción de orden público (normas transitorias art. 5° NCPP) trajo consigo la prueba secreta al proceso penal ordinario.

De tiempo atrás se había expedido decretos de estado de sitio¹¹ que, al parecer con el propósito de proteger a nuestros jueces de orden público, a los testigos y a las víctimas, consagraron las figuras del testigo secreto y del juez sin rostro. Si bien estas medidas pueden lograr algunos resultados estadísticos (justicia cuantitativa), la administración de justicia, entendida como la relación controlada entre el individuo y el Estado ha perdido demasiado. Los jueces sin rostro y los testigos secretos son armas ocultas que, en manos de un Estado irrespetuoso de los derechos humanos, tienen un poder explosivo.

El ciudadano sabe que en cualquier momento, y aun a costa de su propia inocencia, puede ser capturado, sometido a la investigación y juicio secreto, y condenado a purgar largas penas sin que se le haya permitido controvertir la prueba, contrainterrogar a sus incriminadores y ni siquiera conocer a quien, dotado de todo poder, lo juzga.

Pero lo cierto es que la prueba secreta fue más allá del medio testimonial y en el NCPP, en desarrollo de la “justicia ordinaria”, toda la prueba puede ser secreta, sin que a ello se oponga el que esta no sea suficiente para dictar sentencia condenatoria (art. 248 NCPP).

Veamos algunas de las normas que ilustran al respecto: arts. 11 (Protección de víctimas y testigos); 130 (Medidas de protección de víctimas y testigos); 156, inc.

3° (“Para efectos de las diligencias que tuvieren que practicar las fiscalías ante los jueces regionales y estos, aun aquellos en que fuere necesario el concurso de los procesados, podrán utilizarse los mecanismos técnicos que se estimen eficaces para garantizar la protección y reserva de la identidad de los intervinientes”); 293 (Reserva de la identidad del testigo); 342 (Providencias reservadas) y 347 (Retención de correspondencia).

El peligro que se cierne sobre todos es mayor cuando se observa que el art. 313 del NCPP permite al *fiscal* y al *juez ordinario* comisionar para la práctica de pruebas a cualquier funcionario que ejerza facultades de policía judicial. Si, como es sabido, en nuestro medio los funcionarios de policía judicial son los miembros de los organismos de seguridad, sobre quienes posa una duda permanente, no es vana nuestra preocupación por la existencia de la prueba secreta.

E) La confesión

En torno a este medio de prueba deben destacarse los aspectos siguientes: en primer lugar, atendiendo a la línea de no definir, propia del NCPP, desaparecen las nociones de confesión simple y confesión calificada, pregonándose los requisitos de validez (art. 296) de este medio de prueba, como son: que la confesión (simple o calificada) sea hecha ante un funcionario judicial; que la persona esté asistida por defensor; que la persona haya sido informada del derecho de no declarar contra sí misma, y que la declaración se haga en forma consciente y libre.

En segundo lugar, existe una modificación aparentemente insustancial pero que, en nuestro concepto, resulta ser de gran beneficio para los procesados. Nos referimos a que en el nuevo Código desaparece como presupuesto para la reducción de la pena, en caso de confesión, el que ella fuere el fundamento de la sentencia.

Era imposible, desde el punto de vista del principio de la unidad de la prueba y de la sana crítica, hallarse en presencia de una confesión como prueba única, que fundamentara la sentencia condenatoria, cuando la misma ley estaba exigiendo al funcionario averiguar la verdad de la confesión mediante la práctica de otras diligencias que lo condujeran a dicho convencimiento, lo que lógicamente generaba otras pruebas (decreto 50 de 1987, art. 299). Además, de cualquier modo, una vez que se analizaran en conjunto las pruebas y entre ellas la confesión ya verificada, esta siempre sería fundamento de la sentencia.

En tercer lugar, problema ineludible de afrontar es el relacionado con el valor probatorio del reconocimiento por parte del imputado (art. 136 NCPP) de hechos que le son desfavorables a su situación jurídico-procesal, en la etapa de investigación previa. Mucho se ha discutido a partir de otras normatividades si tiene valor de confesión, de indicio, o si es una prueba inexistente. La CSJ, en sentencia de casación de octubre 26 de 1989 —radicación 3099. M. P. JAIME GIRALDO ÁNGEL—, expresó:

“Es cierto que uno de los postulados fundamentales en las reformas introducidas por el Código de Procedimiento Penal de 1987 es de poner bajo el control del juez todo el proceso de investigación, aun durante las diligencias preliminares,

¹¹ Decretos 180 de 1988, 2790 y 0099 de 1990, y 2266 y 2271 de 1991.

pero ello no implicó en manera alguna que el legislador se hubiera olvidado de la realidad social, impidiendo a los funcionarios de policía judicial recibir la versión libre de los hechos a los posibles autores o partícipes de los ilícitos que se investigan «por propia iniciativa, o únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada», como puede realizarse también en estos casos muchas otras diligencias preliminares, tal como lo dispone expresamente el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

”El valor probatorio de esta versión está claramente señalado en el artículo 298 del Código de Procedimiento Penal, que la denomina confesión extraprocesal simple o calificada, siempre «que se haga espontánea, consciente y voluntariamente»”¹².

Tal posición asumía que no era necesaria la presencia del funcionario judicial ni del defensor y le otorgaba la calidad de confesión a la versión. Sin embargo, en salvamento de voto de la providencia citada, el magistrado SAAVEDRA ROJAS expuso: “Considero que la versión confesoria que haga un imputado en una investigación de carácter penal, bien sea adelantada por el juez o preliminarmente por la policía judicial, debe tener como requisito de validez necesariamente la presencia del apoderado...”.

Ambas posturas muestran las dos caras de la discusión.

Abordemos el tema en el NCPP: en primer lugar, el art. 296 del NCPP señala como primer requisito de la confesión, que ella sea hecha ante un funcionario judicial. De acuerdo con el art. 116 de la Constitución de 1991, ejercen función jurisdiccional la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la justicia penal militar; el Congreso igualmente ejerce algunas funciones jurisdiccionales. Por su parte, el art. 572 del NCPP reitera que el fiscal y el juez tienen tal calidad.

En segundo lugar, se exige como requisito para la confesión que la persona esté asistida por defensor. En efecto, el art. 29 de la nueva Constitución consagra que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la *investigación* y el juzgamiento (subrayas nuestras).

El NCPP, en su libro II divide el proceso en título I (Investigación previa) y título II (Instrucción), de tal modo que ha de entenderse que la participación del abogado se exige desde el momento de la investigación previa. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia del 22 de abril de 1993: “Así, pues, el derecho de defensa técnica en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter penal, no admite o no debe admitir restricción alguna. Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quien no solo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así para el constituyente es tan importante la defensa técnica, que se

¹² *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, núm. 27, enero de 1990, pág. 24.

constitucionalizó el defensor de oficio en el artículo 282.4 de la Constitución, como una de las funciones del defensor del pueblo”¹³.

En tercer lugar, el NCPP consagró en favor del capturado (art. 377) “El derecho que tiene, cuando se trate de investigación previa, de rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación hecha. La versión solo podrá rendirse en presencia de un defensor”.

Conforme a lo expuesto concluimos que la versión ante la policía judicial sin la presencia del defensor no tiene valor probatorio de confesión, pero tampoco puede ser indicio, porque este supone que la prueba que estructura el hecho indicante sea legalmente aportado al proceso, y en el caso que nos ocupa, la falta de abogado defensor vicia la prueba recaudada¹⁴.

Lo anterior cobra mayor vigor si se tiene en cuenta que el art. 161 del NCPP considera inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado pero sin la de su defensor; y que, además, si de acuerdo con el art. 145 del mismo estatuto, en ningún caso el fiscal podrá comunicarse con el sindicado sin la presencia de su defensor, con mayor razón debe entenderse que dicha prohibición es extensiva a los miembros de la policía judicial.

Hasta aquí hemos reseñado lo atinente al medio de prueba confesión.

El inciso 2º del art. 161 exceptúa la presencia del abogado defensor en la versión libre y espontánea rendida cuando se produzca captura en flagrancia. Tal disposición es preciso relacionarla con el inciso 2º del art. 322 del NCPP, el cual señala que “Cuando no se trate de flagrancia, la versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor”.

En estos términos queda planteada la discusión así: si una persona capturada en flagrancia rinde versión libre ante la policía judicial sin presencia de su abogado defensor y realiza manifestaciones que la comprometen penalmente en la responsabilidad del hecho que se investiga, ¿qué valor probatorio puede deducirse de dicha versión? En nuestro concepto no puede deducirse ningún valor, por varias razones: no es confesión, por cuanto el declarante no cuenta con la asistencia del defensor; y no es indicio, porque, de acuerdo con el art. 377 del NCPP, la versión solo podrá rendirse en presencia de un defensor, y si ello no es así, vicia la prueba del hecho indicante, como ya se dijo.

Puede afirmarse, entonces, que el análisis conjunto de las normas señaladas no permite que la policía judicial reciba versión libre al imputado sin la presencia del abogado defensor. Sobre este tópico, expresa SAAVEDRA ROJAS: “Siempre hemos considerado que el derecho a la defensa surge precisamente (sic) en el momento en que la persona, como consecuencia de una imputación de carácter penal es captu-

¹³ Sentencia sin publicar.

¹⁴ JORGE ARENAS SALAZAR, *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 61.

rada bien sea en la indagación preliminar o propiamente en el proceso, o desde el momento en que es vinculada, bien sea con la receptación de la versión libre y espontánea que puede rendir en la etapa preliminar, o bien cuando es vinculado procesalmente por indagatoria o por declaratoria de reo ausente.

”Lo anterior es lógico, porque si «las pruebas practicadas o recaudadas por a policía judicial de orden público tienen el mismo valor probatorio que las practicadas por los jueces, quienes las apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica», es entonces viable que las pruebas de esa etapa preliminar lo pueden favorecer o perjudicar, y ante tales alternativas —las mismas del proceso— es necesario concluir que se le deben garantizar los mismos derechos procesales que se le reconocen durante el proceso”¹⁵.

El art. 314, al referirse a la intangibilidad de las garantías constitucionales en la práctica de pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, confirma lo dicho.

F) Los indicios

Cuatro disposiciones componen este capítulo así:

En primer lugar, el art. 300 del NCPP pone de relieve los elementos que estructuran la prueba pericial, a saber: a) la regla de experiencia; b) el hecho indicador o indicante; c) la inferencia lógica, y d) el hecho indicado.

En segundo lugar, lo atinente a la prueba del hecho indicador (art. 302 NCPP) requiere la prueba de este; es el supuesto para realizar la inferencia, pues de otro modo se estaría en presencia de la mera sospecha. Al respecto hemos insistido en que la certeza del hecho indicador no puede obtenerse sino a partir de la legalidad de la prueba, que le sirve de base, de modo que el hecho indicador debe estar probado, y mejor aún, legalmente probado; si la prueba que sirve de base al hecho indicador es ilegal, no puede derivarse válidamente ninguna inferencia en ella.

En tercer lugar, en relación con la unidad de indicios, en el sentido de que este es indivisible y por lo tanto sus hechos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores, es norma que ya había sido consagrada en los decretos 50 de 1987 (art. 303) y 409 de 1971 (art. 235).

No obstante la tradición legislativa, los funcionarios judiciales suelen apresurarse al momento de deducir indicios, sin precaver que uno solo al cual se le otorgue la calidad de grave es prueba que amerita una medida de aseguramiento, tan grave como la detención preventiva.

Con razón LONDOÑO JIMÉNEZ expresó: “Esa aberración mental de pretender multiplicar los indicios multiplicando la prueba sobre un mismo hecho, es un engaño a la justicia, una mentira jurídica, una indebida manipulación de la prueba. Son argucias que deberían estar desterradas de la justicia penal, porque de cierta manera constituyen una conducta desleal hacia la misma. Cuando lo cierto es que si un

¹⁵ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, “La norma procesal como un instrumento más de represión”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, vol. XIV, núms. 23 y 24, Edit. Lealon, pág. 216.

primer indicio se encuentra plenamente probado, la fuerza del mismo no aumenta en lo más mínimo, porque otra serie de hechos concurren a confirmarlo, no siendo por lo tanto procedente hacer valer los últimos indicios diferentes”¹⁶.

En cuarto lugar, en relación con el concurso de indicios existía un vacío legislativo, que vino a llenar el art. 303 del NCPP. Esta ausencia ya había sido apreciada por GONZÁLEZ VÁSQUEZ, al comentar el anterior estatuto procesal:

“Solamente debe señalarse la ausencia de una mínima ordenación sobre el fenómeno del concurso de indicios, figura que han desarrollado suficientemente la doctrina y la jurisprudencia, alcances estos que debieron quedar plasmados en la ley, para resolver los innumerables problemas que presenta esta modalidad de prueba circunstancial.

”En esta línea debió haber quedado claro que el concurso de indicios se figura con los siguientes elementos: pluralidad de indicios graves, hechos indicadores concordantes, inferencias indiciarias convergentes”¹⁷.

A ello se refiere el art. 303 del NCPP, al señalar que los indicios se apreciarán en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los demás medios de prueba.

¹⁶ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Medidas de aseguramiento. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1992, pág. 160.

¹⁷ DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, ed. cit., pág. 98.