



LÍMITES A LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DE LA VÍCTIMA

Ana Isabel Daza Rendón

Director:

Nicolás Ortega Tamayo

Magister en Derecho

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

(2023)

Declaración de originalidad

Fecha: 23 de mayo de 2023

Nombre del estudiante: Ana Isabel Daza Rendón

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Ana I. Daza R.

Ana Isabel Daza Rendón

C.C. 1.000.415.660

Límites a la preconstitución de la prueba por parte de la víctima

Limits to the pre-constitution of the evidence by the victim

INTRODUCCIÓN	6
CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO DE LA VÍCTIMA A PRECONSTITUIR LA PRUEBA	8
CONTRASTE DE LOS DERECHOS DE VÍCTIMA Y VICTIMARIO	14
EL TEST DE PROPORCIONALIDAD	19
LA POSICIÓN DE LA CORTE	22
CONCLUSIONES	24
REFERENCIAS	26

RESUMEN

En consideración a los derechos de la víctima y su rol en el proceso penal, particularmente durante la etapa probatoria, surge la duda de qué tanto puede hacer para demostrar los hechos y si, con ese propósito, puede constituir y preconstituir la prueba. En últimas, se termina cuestionando si, en caso de que la víctima pueda efectivamente preconstituir la prueba, ello resulta desproporcionado y dentro de qué límites puede permitirse para evitar que así sea. Para responder a estos cuestionamientos, se realiza un análisis documental de la posición jurisprudencial y doctrinal tanto colombiana como internacional al respecto, esperando encontrar al menos unos límites materiales más o menos claros.

PALABRAS CLAVE:

Prueba; prueba ilícita; preconstitución de la prueba; análisis probatorio; víctima; principio; principio procesal; derecho a la defensa; intermediación; presunción de inocencia; test de proporcionalidad; límites formales y materiales.

ABSTRACT

In consideration of the rights of the victim and his role in the criminal process, particularly during the evidentiary stage, the question arises as to how much he can do to prove the facts and whether, for that purpose, he can constitute and pre-constitute evidence. In the end, the question arises as to whether, in the event that the victim can effectively pre-constitute the evidence, this is disproportionate and within what limits it can be allowed to prevent this from happening? In order to answer these questions, a documentary analysis of the Colombian and international jurisprudential and doctrinal position on the matter is made, hoping to find at least some more or less clear material limits.

KEY WORDS:

Evidence; illicit evidence; pre-constitution of the evidence; evidentiary analysis; victim; right to defense; immediacy; presumption of innocence; proportionality test.

INTRODUCCIÓN

A partir de la pregunta por la intimidad de la información genética y los efectos de esa intimidad a nivel probatorio, notando casos como el de la recolección de semen de la escena por parte de la víctima de violación, surge la duda de hasta dónde pueden llegar los derechos del victimario respecto a la potestad que surge para la víctima, por el hecho de serlo, de constituir medios probatorios antes de siquiera iniciarse una investigación, debido al riesgo de que el material probatorio pueda deteriorarse, perderse o incluso no constituirse (caso de la víctima que prepara una videocámara para obtener un vídeo de lo que espera que suceda) y, a su vez, cuáles serían los límites materiales y formales a la preconstitución de esos medios de prueba desde su condición de víctima, los que pretendo extraer de la legislación, jurisprudencia y doctrina colombiana y extranjera -a falta de claridad en la colombiana-, utilizando el método del test de proporcionalidad. Todo esto sin dejar de tener presente que las conclusiones a las que pueda llegar mediante esta herramienta no pueden entrar a tenerse como reglas generales, habida cuenta de que derivan de las circunstancias de cada caso concreto.

Resulta útil aclarar que es necesario establecer límites a la potestad de la víctima para preconstituir el medio probatorio para que no resulte esta práctica en una desproporcionada afectación a los derechos del victimario, especialmente a la defensa y subsecuentes a la contradicción y a la defensa material, en el marco de un proceso penal dentro de un estado que se dice personalista, como el colombiano.

Para la consecución de una respuesta a la pregunta por estos límites, se iniciará planteando lo que implica un derecho de la víctima a preconstituir el medio probatorio, si es que puede hablarse de uno habida cuenta de su rol en el proceso penal, para pasar a contrastarlo con los derechos del victimario que se pueden ver afectados por las acciones de tipo policivo de un particular, resultando en un análisis del tipo test de proporcionalidad por medio del que se pretende extraer unos límites (más o menos genéricos) a manera de conclusión de las diferentes decisiones de la Corte

Constitucional colombiana, considerando para ello la opinión de distintos autores tanto nacionales como internacionales, dentro del marco legislativo colombiano.

Se espera encontrar con esta investigación que los límites formales a esta preconstitución, en Colombia, son inexistentes, mientras que los materiales dependen de varios compromisos internacionales, pero propenden por la priorización de los derechos de la víctima como consecuencia de una arraigada preconcepción de justicia que no permite, sin embargo, que se vulneren los más primarios y fundamentales derechos del victimario, como lo serían la libertad, la intimidad (dentro de ciertos límites), la integridad y la defensa en el proceso penal.

CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO DE LA VÍCTIMA A PRECONSTITUIR LA PRUEBA

Partiendo de la consideración de un sistemático desplazamiento de la víctima en cada instancia del proceso penal, la ley 906 de 2004 se ha preocupado por incluirla¹, tomándola en cuenta en cada etapa del proceso y concediéndole un rol central en la solución del conflicto: no solo le ha otorgado el protagonismo de su propia reparación, haciéndola partícipe de la figura de la reparación integral para que sea ella misma quien valore su perjuicio (dentro de lo razonable) y que exprese su deseo de solución por medios alternativos al proceso mismo², sino que, además, le ha concedido participación en el juzgamiento de su victimario, ofreciéndole los medios para que la defensa que no pudo ejercer en la calle, la ejerza en el juzgado a instancias judiciales y bajo el marco de la legalidad. Esto no solo implica para ella una forma de reivindicación y una oportunidad de venganza, sino además la posibilidad de guiar con sus propias manos la instancia probatoria para que no se desvíe de la verdad que ha experimentado en carne propia.

En este mismo sentido, la mencionada ley le ha conferido a la víctima la potestad que a estas instancias más nos interesa: la de aportar pruebas al proceso. Consagrada en el inciso del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, esta posibilidad ha sido respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C 516 de 2007, refiriéndose a sí misma en la sentencia C 454 (2006), cuando afirma: “(...) la Corte ha considerado que el derecho a probar forma parte esencial del derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación (...)”. Ahora bien, claramente hacía referencia a la prueba recaudada por medios lícitos, intentando conferir a la víctima una cierta independencia

¹ Como refiere la Corte Constitucional en sentencia C 591 de 2005, la ley 906 se preocupa especialmente por el respeto a las garantías fundamentales del procesado y de la víctima y en especial por los derechos de la última “(...) a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

² Cosa que también permitía la ley 600 del 2000, como única intervención protagónica de la víctima en el proceso.

de la Fiscalía en el momento probatorio³. Sin embargo, ¿acaso todo este propósito de reivindicación se pierde si la víctima entra a violar los derechos del procesado durante la recolección de las pruebas?

Es la opinión de varios autores como Mahecha Páez y Parra Díaz (2021) que la prueba ilícita⁴ recogida por la víctima, antes de ser desechada por haberse configurado con violación a algún derecho fundamental del procesado, debería ser “(...) valorada ante un presunto abuso de los derechos fundamentales de quien pretende probar (...)” para resultar en un verdadero “equilibrio social”. Y aunque los referidos hablaban de la prueba llevada por el trabajador víctima de acoso laboral a un proceso de índole laboral, no parece descabellado traer la misma apreciación al proceso penal, conservando la equivalencia entre la gravedad de los derechos fundamentales del acusado que podrían verse comprometidos en la recolección del medio de prueba y en el resultado del proceso penal y los que ya se han visto comprometidos para la víctima. Esto, claramente, obedeciendo a la ponderación caso por caso, pero sin ser una idea descartable de primera mano como lo han hecho tantos otros como Suárez Ochoa (citado en Mahecha y Parra, 2021, pp. 10) o Basso Cerda (citado en Armenta Deu, 2007), quien “(...) estima que la prueba ilícita proveniente de la víctima o querellante (e imputado) está sujeta a

³ “Ahora las víctimas gozan de derechos autónomos que no tenían en el anterior modelo, donde eran representadas por las actuaciones de los agentes públicos. El actual esquema de intervención de las víctimas les permite, entonces, realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía, pedir la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías, requerir la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de conocerlos y estudiarlos.” - Sentencia T 374 de 2020.

⁴ “Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.” - Sentencia del 02 de marzo de 2005 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, citada en sentencia de radicado 29416 del 23 de abril de 2008 de la misma sala.

idénticas reglas de exclusión que la prueba de cargo fiscal, ello fundado en la supremacía constitucional (...)", es decir, sin más justificación que la aplicación llana de la ley, sin tenerla en cuenta como una unidad o aplicándola en su estricta literalidad como lo hace Sierra Fajardo (2016) cuando afirma que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso, en aplicación de la ley 906 de 2004, artículo 27, "(...) sin que pueda tener en consideración aspectos adicionales como lo podrían ser, por ejemplo, los derechos fundamentales de la víctima que han sido vulnerados con ocasión de la conducta punible que allí se investiga o los derechos de la sociedad a la seguridad o a obtener justicia".

Empero, es válida la apreciación realizada por Armenta Deu (2007), quien asevera que el tratamiento de la prueba ilícita es permeado por un sinfín de motivos ajenos al proceso mismo o a los derechos perjudicados por la prueba: la sensación de hipergarantismo a "los delincuentes", el incremento de la criminalidad, la seguridad pública y su percepción, la sensación de impunidad, el terrorismo, etc. que provocan una consideración atenuada de la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita mediante teorías como "(...) la conexión de antijuridicidad; la buena fe del transgresor, el descubrimiento inevitable; el nexo causal atenuado; o la fuente independiente, entre las más conocidas."

Entonces, ante la variabilidad de la estricta legalidad, vale la pena preguntarse si la valoración de la prueba ilícita allegada por la víctima comprometería los principios procesales del derecho penal⁵ o las garantías fundamentales del mismo, más allá de la literalidad del contenido normativo.

⁵ Para la definición de principio y, particularmente, principio procesal, traeré la definición ofrecida por Robert Alexy, en palabras de Armenta Deu (2007), atenuado por la concepción de principio de Bello Tabares (2008), así, se denomina principios a las "(...) normas fundamentales de carácter general, que no contienen órdenes definitivas ni soluciones concretas para casos específicos, sino que establecen mandatos de optimización, que no es otra cosa que disponer que algo sea logrado en la mayor y mejor medida posible (...)", entendiendo una escasa diferenciación entre derecho, principio y garantía a instancias del reconocimiento de una tutela judicial efectiva. Entonces, los principios constitucionales son normas fundamentales que requieren de ser ejercidas (demandadas) en cada caso concreto, sin que ello resulte en una implementación directa, sino "en la medida de lo posible".

Hablando del debido proceso como claro principio procesal y columna vertebral de los demás, es citado en este momento Agudelo Ramírez (2004), cuando lo desdobra en una cierta obligación para el juez de:

(...) tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación - no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del derecho de prueba de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba.

Y a pesar de que, nuevamente, no estaba Agudelo refiriéndose al proceso penal, no se encuentran problemas en su aplicación al mismo: la víctima requiere del juzgador esa consideración frente a su situación⁶ para que no se le exija irrazonablemente que respete los derechos de su victimario al momento de recolectar pruebas del delito mientras sus derechos fundamentales son vulnerados, por lo que la víctima se convierte en titular del derecho/principio⁷ del debido proceso, adquiriendo la facultad de exigir que se valore la prueba que ha allegado.

⁶ “Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima (...)” - Sentencia C 591 de 2005 de la Corte Constitucional.

⁷ Habida cuenta de la necesidad de que el principio se convierta también en derecho para un particular, quien posea la facultad de exigir su cumplimiento.

Pero lo que debe valorar inicialmente⁸ el juez ante la solicitud de la víctima es si la recolección del medio de prueba fue realizada de manera ilícita. Ilícita y no ilegal⁹, pues la víctima no es un perito policía judicial y no puede exigirse de ella que, en medio de los hechos que lesionaron sus derechos en tal medida que resultó siendo el caso valorado por el derecho penal, realice una recolección técnica y formal o que no haga nada, soporte su transgresión heroicamente y, contra todo instinto de supervivencia, espere a que los verdaderos peritos lleguen a la escena. Así lo reconoce Correa Zacarías (2016) al definir una línea de excepciones a la estricta legalidad en la recolección de la prueba al ser realizada por un particular víctima de la conducta o un particular estrechamente involucrado con ella, entendiéndolo como una especie de inexigibilidad de otra conducta y ejercicio del derecho a que se ejerza la acción penal, tomando en cuenta que las autoridades investigadoras se ven incapaces de acudir a recabar la prueba directa mientras el delito se está cometiendo.

La referida línea es denominada por el autor mencionado como “autotutela de carácter investigativo” y parte de una atenuación al criterio obtenido como resultado de la investigación realizada por Hernández Basualto (2005) respecto a la valoración de la prueba recogida por un particular con violación a los derechos fundamentales del acusado, la cual, en su criterio, sería tanto como que el Estado se volviera cómplice de la violación, resaltando que el principal daño que puede provocar este reconocimiento es cimentar las bases de una sentencia sobre la inconstitucionalidad.

⁸ Según Hernando Devis Echandía, referido por López Chávarro (2012), “(...) para la eficacia de la prueba, para el cumplimiento de sus formalidades, para la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su recepción”.

⁹ Entiéndanse prueba ilícita e ilegal bajo el concepto dado por Medina Rico (2017) como “(...) aquella que conlleva una violación a derechos o garantías constitucionales (...)” y aquella que se ha “(...) obtenido incumpliendo el debido proceso como principio rector del procedimiento judicial (...)”, respectivamente.

En consecuencia, como es de la esencia misma de los derechos (y principios) y de lo que es prueba la cotidianeidad de la batalla judicial, entran en conflicto unos con otros, no siendo otro el remedio que preferir uno sobre el otro, sin que ello se convierta en un desconocimiento arbitrario del preterido. Luego, no encuentro, reparo en considerar la plena existencia de un derecho de la víctima a preconstituir la prueba y en no entender esa existencia, por sí misma, como una violación a los principios del derecho procesal penal, aunque resulte ello en una vulneración de los derechos del victimario.

Pero no basta con reconocer este derecho si ello no implica su reconocimiento real en el proceso penal como una facultad de la víctima de reclamar que los medios de prueba que ha allegado sean valorados por el juez, ya sea que su solicitud culmine en su consideración como prueba o no. Por tanto, no implica que el juez deba someterse a su solicitud, pero sí implica que deba analizar la posibilidad de valorar el medio probatorio¹⁰, tomar una decisión, motivarla y replanteársela o defenderla en caso de ser recurrida¹¹. Implica pues, que el juez no pueda excusarse en una interpretación pobre de la ley para coartar el derecho de la víctima en la fase probatoria del proceso penal.

Ya en instancias judiciales se discutirá, como entrará a detallarse más adelante, si esa prueba puede o no tenerse en cuenta dentro de la valoración probatoria, teniendo en cuenta los derechos vulnerados para una parte y para otra, sin que por ello pueda dejar de considerarse como un derecho reconocido y ejercido.

¹⁰ Definiendo su licitud o ilicitud para su incorporación o no como medio de prueba, antes de ser valorado.

¹¹ Explicación de la motivación y los recursos como controles a la libre valoración de la prueba ofrecida por J. C. Cabañas García (1992).

CONTRASTE DE LOS DERECHOS DE VÍCTIMA Y VICTIMARIO

Hablando de los derechos vulnerados para una parte y otra, no podrá responderse a la pregunta de si debe o no ser valorada la prueba preconstituida allegada por la víctima al proceso sin antes considerar cuáles son los derechos que para el procesado pueden llegar a verse comprometidos si se acepta esta posibilidad.

El derecho de defensa parte de la consideración del juicio como una especie de batalla en la que el acusado está siendo atacado por el ente acusador, por lo que es debido permitirle la defensa en términos más o menos equitativos para obtener un resultado digno de ser llamado justo. Así pues, este implica una serie de subsecuentes derechos más o menos claros como lo son el de equivalencia de armas y el de contradicción, contenidos en el artículo 8° de la ley 906 de 2004.

Sin embargo, al incluir como parte activa del proceso a la víctima, se desequilibra nuevamente la balanza, debiendo como consecuencia conferir nuevas facultades al acusado para poder defenderse, así:

IGUALDAD DE ARMAS

Para Daza González (2010), este principio implica “(...) la posibilidad de intervenir en el proceso en condiciones de equidad en lo relativo a derechos, oportunidades, medios de prueba y elementos de convicción (...)”, en consonancia con la aclaración realizada por Guzmán Díaz (2021) en el sentido de que se habla propiamente de una igualdad de oportunidades que, sin embargo, no se ve del todo reflejada en el proceso penal.

En su mayoría de veces, dentro del proceso excluyente de la víctima, ya era difícil conseguir esta equivalencia puesto que dependía, sobre todo, de la capacidad económica del acusado: a mayor capacidad, mayor acceso a distintas herramientas forenses que apoyen su causa con un resultado favorable. Ahora, con la víctima, sigue

siendo una cuestión de capacidad económica, dado que también es determinante de su acceso a herramientas forenses, pero ahora en apoyo a una causa desfavorable al acusado. En todo caso, ésta variable se ha pretendido controlar, exitosamente o no, mediante la concesión de acceso a las herramientas estatales tanto al acusado como a la víctima.

DEFENSA TÉCNICA

El acusado debe contar con un experto en derecho dedicado a su defensa quien evalúe su situación, las pruebas de la fiscalía y la mejor ruta de acción.

La víctima no se ha quedado muy atrás en este ámbito, pues ha surgido el rol del representante de víctimas, experto en derecho quien ha sido dotado de amplias capacidades de intervención en el proceso para garantizar que los intereses de su poderdante no sean vulnerados, por ejemplo, por tratos entre la fiscalía y la defensa sin contar con su aquiescencia.

Y pese a que con la entrada de este rol en el proceso puede considerarse que se ha convertido en una especie de batalla de 2 contra 1, se ha mitigado la disparidad mediante la restricción de la autonomía del representante de víctimas frente a la Fiscalía¹² y la posibilidad de independiente contradicción a su argumentación.

Contradicción: Así como el acusador tiene el derecho a argumentar de la forma que mejor convenga a su teoría del caso, el acusado tiene el correspondiente derecho a cuestionar sus argumentos, ofreciendo alternativos o directamente desestimándolos, así como a

¹² Sin capacidad para alterar o presentar su propia teoría del caso o realizar acuerdos con la defensa de manera autónoma.

cuestionar los testimonios de sus testigos o a la persona misma que rinde testimonio, como método para llegar a la verdad¹³.

Al entrar un segundo argumentador, la víctima, el acusado adquiere la facultad de cuestionar también sus argumentos y a sus testigos, pero, así mismo, ella adquiere la capacidad de cuestionar los de la defensa¹⁴.

INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA

Como otra derivada del derecho de defensa, entra para asegurar en la mayor medida posible que cada uno de los medios probatorios presentados es garantía de la veracidad objetiva de las pruebas a ellos asociadas a través de la percepción directa del juez de su práctica o incorporación en el transcurso de la oportunidad para ello, como lo define el artículo 16 de la ley 906 de 2004.

Exigen este derecho a la inmediación y su violación un análisis preferencial puesto que no solo la recepción del medio de prueba es irrepitible, sino que su reproducción no siguió el protocolo de la cadena de custodia puesto que fue recogida por un particular: Considerando que la víctima no es un experto forense, no observó las reglas de cuidado de la evidencia ni mucho menos la cadena de custodia, sino que la recogió cuando pudo y como pudo, sin mayor consideración más allá al que eso podría serle útil para demostrarle a las autoridades que los hechos ocurrieron y que lo hicieron como ella relata y, probablemente, que si no lo recogía al momento, la prueba se perdería. No tiene sentido que, en medio de su desesperación e ignorancia, se le exija que demuestre que

¹³ A la manera de las ciencias empíricas, mediante el sometimiento de la prueba al “experimento” de la contradicción - Parra Quijano (2015, pp. 86).

¹⁴ “(...) el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes...Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.” – Corte Constitucional, sentencia C 1154 (2005).

recogió la evidencia de acuerdo a una serie de protocolos cuya existencia desconocía en orden a demostrar la mismidad del medio de prueba.

Sin embargo, la falta de confiabilidad de la prueba no solo afecta a la defensa, pues el juez, como juzgador de los hechos, estaría expuesto a una falta de acierto en su decisión.

Así pues, aunque se reconoce la necesidad de compensar este vacío en el equilibrio del proceso por el que se le podría permitir a la víctima ignorar el derecho de su victimario al debido proceso del que se deriva la inmediación de la prueba, aún se desconoce cómo podría hacerlo.

Si el objetivo es equiparar las condiciones en el proceso, es dudoso si otras concesiones en el ámbito probatorio podrían equiparar este beneficio de la víctima. Y, partiendo de la presunción de inocencia del acusado, no tendría por qué haber preconstituido también prueba alguna, como la víctima, recogiendo evidencia de su inocencia en un hecho cuya ocurrencia desconocía en su momento. De haberlo hecho, ello le resultaría incluso contraproducente.

Además de adquirir la facultad de argumentar en contra de la prueba preconstituida, resaltando inconsistencias o la amplia probabilidad de la no individualidad del medio probatorio, no parece resultar adecuado otro medio de balance.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

“En el contexto de la prueba en el proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia adquiere una doble manifestación, como regla probatoria y como regla de juicio.” Siendo que la primera “(...) supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías (...)”, mientras que la segunda exige que, ante la duda, el juez deba fallar a favor del imputado. - Reyes Molina (2012)

Ahora bien, ¿cómo reconocer excepciones constitucionales para proteger los derechos de la víctima y reconocer su vulneración mientras se considera un principio de presunción de inocencia del imputado?

Es sencillo considerar unos especiales derechos de la víctima en el proceso, incluso en violación a los derechos del acusado, cuando se la considera efectivamente víctima, pero tal presunción estaría en absoluto disenso con la presunción de inocencia del procesado, con lo que podría empezar a considerarse que la valoración de la prueba ilícita allegada por la víctima sería una conducta propia de estados transpersonalistas.

Sin llegar a tal extremo, es de considerar esta contradicción, para cuya solución la única opción factible parece ser el criterio de proporcionalidad: siempre que se aprecie una probable (que no posible) vulneración mayor o a derechos de mayor entidad de la víctima que los que se vulneran al sacrificar la presunción de inocencia del acusado - a saber: al debido proceso, con todas sus subsecuentes - cabrá la valoración de la prueba, pese al daño causado.

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita. - Sentencia 114 del Tribunal Constitucional español (1984).

En consonancia con la sentencia citada y como conclusión a los capítulos anteriores, no hay, per sé, un derecho a la desestimación de la prueba ilícita¹⁵, sino que ello obedece al reconocimiento de los derechos del procesado en un estado garantista, que no implica el desconocimiento de los derechos de la víctima o de la comunidad misma a la verdad, la justicia y la reparación. En fin, se culmina en la aceptación de algo más o menos claro y es que los derechos procesales, así como los principios procesales, no son absolutos ni congenian armoniosamente entre sí.

Tal aceptación implica también la necesidad de una solución a los conflictos entre principios y derechos procesales, misma que constantemente ha sido traída tanto por la doctrina como por la jurisprudencia: el test de proporcionalidad.

¹⁵ Por todas las consideraciones que deberían mantenerse en relación con la valoración de la prueba ilícita y en particular la recogida por la víctima, entidades como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en sentencia del 12 de julio de 1988, recogida por Giner Alegría (2008), "(...) abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial (...)» concluyendo que "El Tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo."

Como lo explica Armenta Ariza (2019), esta herramienta ha sido adoptada como parámetro para “(...) determinar la congruencia constitucional de las medidas adoptadas por el legislador, así como en los casos de revisión de la regulación de los derechos fundamentales (...)” a partir de las ideas de horizontalidad y relatividad de los derechos humanos, es decir, a partir de la comprensión de que los derechos humanos no se ubican en una escala jerárquica y que deben ceder unos frente a otros dependiendo de las circunstancias, contexto en el que entra “(...) la tesis de la proporcionalidad, principio o regla de interpretación a la cual le corresponde revisar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos humanos dentro un Estado constitucional y democrático de derecho.”

Más concretamente, en relación con la prueba preconstituida, será necesario ponderar el derecho del procesado a ser juzgado por prueba lícitamente obtenida, derivado de sus derechos al debido proceso y a la defensa, contra el derecho a la verdad “(...) que le asiste a los ciudadanos como integrantes de un Estado de Derecho” (Otiniano Valencia, 2019) y los derechos vulnerados para la víctima, definiendo caso por caso y en consideración a las circunstancias particulares, cuál o cuáles de ellos deben prevalecer.

Basante y Huertas (2014) explican que la constitucionalidad de los medios utilizados para obtener material probatorio (refiriéndose particularmente a aquellos medios que requieren de la intervención corporal en el procesado) requiere de la aplicación del principio de proporcionalidad, que exige el cumplimiento de unos requisitos formales, expresados en la existencia de una decisión judicial que ordene o autorice su práctica, salvo excepciones como que “(...) su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora (...)”, y unos requisitos sustanciales que, en palabras de Roca Trías y Ahumada Ruiz (2013), consisten en lo siguiente:

Partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido

su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De resultados de este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.

LA POSICIÓN DE LA CORTE

Así las cosas, la búsqueda de la verdad como forma para materializar la justicia dentro del proceso penal ha sido entendida no solo como una garantía para el procesado sino también para la víctima y para la sociedad. La discusión se centraría en la forma o métodos que se utilizarían para alcanzar esa verdad y, a su vez, que tipo de verdad se quiere lograr, esto es, si formal o material, jurídica o factual o si absoluta o relativa – Corte Constitucional de Colombia, sentencia C 396 (2007).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 22 de octubre de 1996, reconoce que la preconstitución de la prueba por parte de la víctima constituye “un natural reflejo defensivo”, mientras que en auto 227 del 2007, la Corte Constitucional cita al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca - Sala Jurisdiccional Disciplinaria - que manifiesta respecto a la valoración de la prueba ilícita que “(...) el juez debe tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica como criterios de valoración... y ponderar entre distintos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito (...)”, añadiendo que la Corte Suprema indicó que la exclusión de la prueba ilícita admite excepciones como la preconstitución de la prueba por parte de la víctima.

En sentencia T 233 del 2007, respaldada por sentencia SU 371 del 2021, la Corte Constitucional se refiere a una posición ya sentada en relación con la exclusión de la prueba ilícita del proceso, indicando como una de las excepciones la preconstitución de la prueba por parte de la víctima y agregando, además, una regla a su excepción: no pudo haber sido obtenida con fines extorsivos. “La Sala precisa que, salvo cuando se requiere orden de autoridad judicial, la grabación, interceptación de la voz o la imagen es viable jurídicamente como prueba, cuando exista o se exprese el consentimiento de todos los que intervienen en el acto grabado, predicándose como excepción de lo

afirmado el evento relativo a la preconstitución de prueba cuando se es víctima de un delito y la obtención de la respectiva información comporta fines judiciales probatorios.”

En la misma decisión, la Corte Constitucional se refiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados 1634 y 21216, en los que garantiza que la víctima no requiere de autorización previa de autoridad competente - esto es, no requiere acatar la estricta legalidad del procedimiento - para preconstituir prueba del delito al grabar una llamada sostenida por ella misma, con lo que “resultan válidas y con vocación probatoria”.

Mediante sentencia SP1591 del 2020, radicado 49323, la Sala reitera su posición expresada en sentencia del 6 de agosto del 2003, radicado 21216, respecto a la validez de las grabaciones realizadas por la víctima con el propósito de preconstituir prueba de la ocurrencia del delito, añadiendo el reconocimiento debido a este mismo derecho a los padres de una menor de edad, habida cuenta de su incapacidad para hacerlo por sí misma y el interés de ellos en velar por la protección de los derechos de su hija.

Explica la misma providencia la forma de valorar la legitimidad de este tipo de pruebas: Respecto a la autenticidad del medio probatorio, basta con la palabra de la víctima bajo gravedad de juramento; sólo a partir de su entrega a las autoridades es que empieza a valorarse una cadena de custodia, por lo que su mismidad se presume por el reconocimiento de la víctima, pero aunque llegare a cuestionarse, la solución no sería su exclusión del proceso, sino la disminución de su eficacia y credibilidad. En todo caso, la cadena de custodia es solo uno de los medios para acreditar la autenticidad del medio probatorio, susceptible de ser probada por otros medios por la parte interesada.

CONCLUSIONES

Pese a encontrar posiciones diversas a lo largo de la doctrina en relación con la aceptación de la prueba preconstituida por la víctima como lícita y valorable dentro del proceso penal, parece que la jurisprudencia apoya la vertiente según la cual se reconoce la necesaria excepción a la exclusión de la prueba ilícita cuando ésta es recogida por la víctima, habida cuenta del reconocimiento de sus derechos dentro y fuera del proceso penal.

Ello mantiene un equilibrio con el respeto a los derechos fundamentales del procesado al hacer uso del criterio de proporcionalidad para determinar en qué casos y bajo qué circunstancias sería aceptable que la víctima preconstituyera la prueba o, más bien, en qué casos y bajo qué circunstancias sería aceptable que el juez le permitiera el ingreso al proceso y la valorara.

Pese a que no implica la obtención de unos límites formales absolutos, sí permite la inferencia de unos criterios mínimos para la valoración como que la víctima, al ingresar la prueba por ella preconstituida al proceso, se ceñirá a las normas de una especie de testigo de la recolección, incluyendo juramento formal sobre la veracidad de lo narrado y la mismidad de lo alegado y posibilidad de contradicción por parte de la defensa, que esta prueba no podrá valorarse bajo el mismo criterio que la recogida adecuadamente por un perito y no tendrá la misma capacidad probatoria.

En igual sentido, la posición jurisprudencial no permite la definición de unos límites materiales claros, pero permite la inferencia, a partir de los casos valorados por la Corte, de que cuando se trata de situaciones en que la víctima se encuentra incluida bajo anuencia del procesado, puede preconstituir la prueba pese a la falta de aceptación por parte del mismo o la falta de una orden de autoridad competente. Así mismo, se define de manera más o menos clara que el derecho a la intimidad del procesado no se reconoce como suficientemente afectado para excluir el medio de prueba de grabación

cuando se encuentra en espacios en que la expectativa razonable de intimidad de la víctima es mayor a la propia.

En fin, pese a que aún debe existir una valoración adecuada de las circunstancias caso por caso, no sería correcto afirmar que los límites tanto formales como materiales a la preconstitución de la prueba por parte de la víctima son inexistentes o absolutamente difusos.

REFERENCIAS

LIBROS

- Agudelo Ramírez, M. (2004). El debido proceso. *Opinión jurídica* 4(7), pp. 89-105.
- Cabañas García, J. C. (1992). La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial. *Estudios Trivium procesal*, pp. 333 - 349.
- HERNANDEZ BASUALTO, H. (2005). La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal chileno, *Colección de investigaciones jurídicas* 2, pp. 3-100.

ARTÍCULOS WEB

- Armenta Ariza, A. (2019). EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: SU USO Y APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15539>
- Armenta Deu, T. (2007). LA VERDAD EN EL FILO DE LA NAVAJA (NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA). *Revista Ius et Praxis* 13(2), 245-377. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext
- Basante Solarte, A. E.; Huertas Solarte L. A. (2014). *OBTENCIÓN DE MUESTRAS SIN EL CONSENTIMIENTO DEL IMPUTADO (ART. 249 CPP) UN PROBLEMA EN LA PRÁCTICA*. (Tesis inédita de especialización). Fundación Universitaria Católica del Norte, Medellín, Colombia. https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=OBTENCI%3%93N+DE+MUESTRAS+SIN+EL+CONSENTIMIENTO+DEL+IMPUTADO+%28ART.+249+CPP%29+UN+PROBLEMA+EN+LA+PR%3%81CTICA&btnG=
- Bello Tabares, H. E. T. (2015). *TRATADO DE DERECHO PROBATORIO*. (2da ed.). Caracas.

https://www.academia.edu/43426869/TRATADO_DE_DERECHO_PROBATORIO

- Correa Zacarías, C. (2016). La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política criminal* 11(21). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992016000100005&script=sci_arttext
- Daza González, A. (2010). EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO A PARTIR DEL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002. *REVISTA PRINCIPIA IURI* 12, 121-145. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/396/536>
- España, Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 114 BOE 305 (29 de noviembre de 1984). Madrid, D.C. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/367#:~:text=SENTENCIA%20114%2F1984%2C%20de%2029%20de%20noviembre%20%28BOE%20n%C3%BAm.,305%2C%20de%2021%20de%20diciembre%20de%201984%29%20ECLI%3AES%3ATC%3A1984%3A114>
- Giner Alegría, C. A. (2008). PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA. *ANALES DE DERECHO* 26, 579-590. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/113751/107781>
- Guzmán Díaz, C. A. (2021). A propósito de la idea de “igualdad de armas” en el proceso penal. *Revista Nuevo Foro Penal* 17(96), 13-55. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/30410>
- López Chávarro, C. A. (2012). NULIDAD POR VIOLACIÓN A NORMAS RECTORAS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO. (Tesis inédita de especialización). Universidad de Medellín en convenio con la Fundación Universitaria Católica del Norte, Bogotá, D.C. [https://www.academia.edu/85239520/Nulidad_por_violaci%C3%B3n_a_normas_rectoras_de_inmediaci%C3%B3n_y_concentraci%C3%B3n_de_la_prueba_en_eI_Sistema_Penal_Acusatorio_Colombiano](https://www.academia.edu/85239520/Nulidad_por_violaci%C3%B3n_a_normas_rectoras_de_inmediaci%C3%B3n_y_concentraci%C3%B3n_de_la_prueba_en_el_Sistema_Penal_Acusatorio_Colombiano)

- Mahecha Páez, E.; Parra Díaz, J. A. (2021). *La relevancia del debido proceso frente a la estimación de la prueba ilícita presentada por el trabajador víctima en el proceso por acoso laboral* (Tesis inédita de especialización). Universidad Libre, Bogotá, Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20698>
- Medina Rico, R. H. (2017). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal: Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/gpd-prueba-ilicita-y-regla-de-exclusion-en-materia-penal-analisis-teorico-practico-en-derecho-comparado.html>
- Otiniano Valencia, M. E. (2019). *Vulneración del Derecho Fundamental a la Prueba en la etapa de Investigación Preparatoria en el distrito judicial de Lima, 2019*. (Tesis inédita de maestría). Universidad César Vallejo, Lima, Perú. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/41040>
- Parra Quijano, J. (2016). ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA PRUEBA NACIDAS DE LA LECTURA DEL ACTO LEGISLATIVO N° 3 de 2002, POR EL CUAL SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA NACIONAL. *Revistas* ICDP.
https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=ALGUNAS+REFLEXIONES+SOBRE+LOS+PRINCIPIOS+DE+LA+PRUEBA+NACIDAS+DE+LA+LECTURA+DEL+ACTO+LEGISLATIVO+N%C2%B0+3+de+2002%2C+POR+EL+CUAL+SE+REFORMA+LA+CONSTITUCI%C3%93N+POL%C3%8DTICA+NACIONAL&btnG=
- Reyes Molina, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de derecho (Valdivia)* 25(2), 229 - 247. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000200010&script=sci_arttext&tlng=pt
- Roca Trías, E.; Ahumada Ruiz, M. A. (2013). LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. *XV Conferencia Trilateral* (2013) Roma,

Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Octubre 24 al 27 de 2013.

https://scholar.google.com/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=%22Los+principios+de+razonabilidad+y+proporcionalidad+en+la+jurisprudencia+constitucional+espa%C3%B1ola%22+AND+%22XV+Conferencia+Trilateral%22&btnG=

- Sierra Fajardo, O. M. (2016). LA PRUEBA ILICITA, ALCANCE LEGAL Y CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA. (Tesis inédita de maestría). Universidad Santo Tomás, Bogotá, D.C. Recuperada de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2150>

NORMATIVA

- Colombia, Congreso de la República. Ley 906 (31 de agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658. Bogotá, D.C. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

JURISPRUDENCIA

- Colombia, Corte Constitucional. Auto 227, expediente T-1498919 (29 de agosto, 2007). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2007/A227-07.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 1154, expedientes D-5705 y D-5712 (acumulados) (15 de noviembre, 2005). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1154-05.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 396, expediente D-6482 (23 de mayo, 2007). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 516, expediente D-6554 (11 de julio, 2007). Bogotá, D.C. https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=20030067#:~:text=20030067200%20CC-SENTENCIAC516200711%2F07%2F2007CC-SENTENCIA_C_516__2007_11%2F07%2F20072007SENTENCIA%20C-516%2F07%20DERECHOS%20DE%20LAS%20VICTIMAS%20DE,%28C-209%20de%202007%29%2C%20atendiendo%20las%20especificidades%20del%20sistema.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 591, expediente D-5415 (09 de junio, 2005). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU 371, expediente T-8092147 (27 de octubre, 2021). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU371-21.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 233, expediente T-1498919 (29 de marzo, 2007). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-233-07.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 374, expediente T-6649675 (1° de septiembre, 2020). Bogotá, D.C. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-374-20.htm>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP1591 radicado 49323 (24 de junio, 2020). Bogotá, D.C. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/10/22/sistema-penal-acusatorio-prueba-documental-2/>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 9579 radicado 409522 (22 de octubre, 1996). Bogotá, D.C. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_penal_e._no._9579_de_1996.aspx#/