

DE LA LEGALIDAD DE LA FABRICACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, MEDIANTE LA MEDIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, A LA DIGNIDAD HUMANA, LIBERTAD, INTIMIDAD Y DEBIDO PROCESO

Por: WILSONRENE GARCIA BOHORQUEZ
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL PENAL
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
BOGOTÁ D.C.

Resumen:

Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual todos los coasociados dentro del territorio nacional tienen derecho a la protección y materialización de los derechos fundamentales, entre los que destacamos los derechos a la dignidad humana, libertad, intimidad y debido proceso, estos son el pilar, el núcleo, y su categorización, establece el orden Jurídico de la sociedad.

La constitución de 1991 incluye un concepto de gran importancia, incluso para el sistema procesal penal, que es la nueva dimensión del concepto de persona, pues como se cita en el artículo 5 de la misma “la primacía de los derechos inalienables de la persona” es el punto de partida de un movimiento que, aunque sonaba innovador para la época no era más que la aplicación de lo ya determinado por la declaración universal de derechos humanos de 1948. Aunque con un ligero cambio pues las circunstancias político-sociales de la época eran totalmente diferentes a las de aquella época de su promulgación.

Por lo anteriormente mencionado se puede establecer que la obtención de la prueba implica algunas veces la intromisión de los derechos fundamentales del individuo, que afectan a la esfera privada del ser humano, los cuales deben ser evaluados por el juez competente, esto es, el juez de Control de Garantías, que debe avalar si dicho procedimiento se encuentra ajustado a la preservación de los derechos fundamentales de ahí que se necesita realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad. En el presente artículo se expondrá el concepto de probar y de prueba judicial, los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, intimidad, y libertad en relación con la obtención de la prueba en el proceso penal, para así determinar la legitimación de la intromisión de estos últimos.

Palabras Claves: Prueba, Derecho Procesal, Dignidad Humana, Derecho a la Libertad, Intimidad, Debido

Proceso, Verdad.

Introducción

Probar es confirmar ante el juez, con el logro de la evidencia o convicción de este, la existencia o inexistencia de un hecho o un acto jurídico, recurriendo al empleo de ciertos medios o elementos autorizados taxativos o libremente por la ley, practicados de acuerdo con el ordenamiento jurídico.¹ Según el Doctor Jorge Tirado Hernández, se entiende por prueba judicial los medios o instrumentos empleados en un proceso para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, verbigracia, documentos, testimonios, confesión, peritación, etcétera. En este mismo sentido se dice que el indicio o también llamada prueba circunstancial o indirecta, busca la acreditación a través de un proceso crítico y lógico del juzgador de un hecho del cual, razonadamente, y, según las reglas de la experiencia, se infiere la existencia de otro desconocido que interesa al objeto del proceso; su importancia deviene de la conexión que existe entre éste con otros acontecimientos fácticos, dentro de determinadas circunstancias, que permiten establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido. La doctrina ha sostenido al respecto: “¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. (CONSEJO DE ESTADO SALA CONTENCIOSO ACTIVO)

Son tanto los medios o instrumentos, como los motivos o razones, y también la convicción, convencimiento o certeza que se produce en la persona del juzgador. La prueba judicial, entendida en esa forma amplia, supone para sus existencias el cumplimiento de una serie de reglas de procedimientos que debe atenderse en la investigación, solicitud y presentación, aseguramiento, cadena de custodia, admisión y decreto, practica, contradicción, valoración y asunción de los medios de prueba de cuyo contenido, en conjunto, debe servirse el juez para tratar de formar su convicción o convencimiento.³

¹ Tirado Hernández Jorge. Curso de Pruebas Judiciales, Tomo I. Parte General. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. pág., 103.

² Ibidem

³ ibidem

Sobre este último concepto, es importante resaltar que todo parte de un procedimiento que debe ser legal y lícito, se debe ajustar a derecho con el fin que el resultado final también lo sea. Sin embargo, seguirse estrictamente el procedimiento de derecho, en todos los casos puede dar como consecuencia que la verdad real no salga a la luz.

Planteamiento del Problema.

El problema a plantear hace una reseña a las consecuencias de la exclusión de la prueba en el proceso penal que se adelanta ya que tienen un gran nivel de complicación cuando esa prueba está lograda ilícitamente, pero es la que guía la mayor parte del proceso penal; ya que por un lado se protegen los derechos del procesado, pero se ponen en riesgo los derechos de otros sujetos procesales y de la sociedad, es por esto la importancia de un debido proceso, aplicable incluso para la obtención de las pruebas que se pretendan hacer valer pero, además, de esto debe ser obtenida legal y lícitamente, cuyas prácticas, a la presunción de inocencia, y el respeto a la dignidad humana, que hace parte de la finalidad de este ensayo, toda vez que si no se tienen en cuenta, el ritual para la obtención de la prueba, y sabiendo que lo que busca el ente acusador además del convencimiento que logre el apoderado, es dilucidar la verdad verdadera de la verdad procesal, no solo como fin teleológico del proceso, sino como fin público del mismo, lo cual si no se respeta podrá desembocar en un error de procedimiento y su resultado sería una prueba ilícita y esta podría llegar a ser excluida y no tenida en cuenta.

Principio de presunción de inocencia

Esta garantía fundamental consiste en que toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (Arts 29 constitucional y 7 del CPP). Así el indiciado, imputado o acusado no puede ser tratado como culpable hasta tanto no exista una decisión en firme, ni está obligado a declarar, ni ser él, quien deba probar su inocencia. La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe con una actividad probatoria de cargo desvirtuar la presunción de inocencia del implicado, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda. La defensa en cambio no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral (arts 7 y 125# 8 del CPP). Sin embargo, si la defensa decide utilizar la facultad de presentar prueba de descargo o contraprueba bien sea sobre los elementos del delito en discusión, sobre la responsabilidad del defendido o sobre su carácter o hábito, está sujeta a los mecanismos de controversia y confrontación y abre la ventana para que la Fiscalía no solo utilice el contra interrogatorio y la impugnación de testigos, sino que presente evidencia frente a los hechos que la defensa pretende probar.

Por lo tanto, es una herramienta que debe ser sopesada entre el valor probatorio para la teoría del caso y la

fuerza del contradictorio que pueda exhibir el acusador.⁴

La Fabricación de la Prueba y los Derechos Fundamentales

Para conseguir la prueba no solo en el sistema penal sino en todas las áreas del derecho, no sólo debe tenerse en cuenta el debido proceso, contemplado en la Constitución Política de Colombia, sino también los derechos fundamentales, entendidos estos, como aquellos que nacen con el ser humano, que son inherentes y que El Estado Colombiano, no puede cegarse frente a ellos para la obtención de cualquier fin.

La frase esgrimida por Nicolás Maquiavelo⁵ el fin justifica los medios, no puede ser utilizada por las personas encargadas de demostrar la inocencia o culpabilidad del individuo y para demostrar su competencia frente al caso; Aclarando que tanto Fiscales, Defensores y el Gobierno Nacional se dejan llevar por la adrenalina del caso y pretenden obtener su resultado como dé lugar, como lo es los testigos falsos, la interceptación de comunicaciones sin la legalización ante el Juez de Control de Garantías.

⁴ La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, DEFENSORÍA DEL PUEBLO Dirección Nacional de Defensoría Pública, Documento elaborado por CHECH AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA bajo contrato institucional con USAID No. 514-c-00-01-00113-00.

⁵ Maquiavelo, Nicolás (2011). Juan Manuel Forte Monge, ed. *Obra selecta: El príncipe; El arte de la guerra; Discursos sobre la primera década de Tito Livio; Vida de Castruccio Castracani; Discursos sobre la situación de Florencia tras la muerte del joven Lorenzo de Médici*. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos.

El Doctor Hernando Devis Echandía en su libro de Principios Generales de la Prueba Judicial, cita a Ada Pellegrini y manifiesta que —los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la defensa social, justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de libertad y de los derechos de la persona.⁶

Entiéndase como prueba ilícita aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos

Fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables⁷ y la prueba ilegal como aquella que viola una norma legal. Sin embargo, aún no existe uniformidad respecto a la prueba ilícita e ilegal.

La Corte reiteró (CSJ SP 8473-2014): Prevista en el último inciso del artículo 29 del texto superior, tiene por nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso probatorio, régimen de la prueba ilícita ampliado hoy no solo a la pretermisión de los requisitos para la obtención, práctica y aducción del elemento de convicción, sino cuando ello ocurre con violación de las garantías procesales o de cualquier derecho fundamental, como la dignidad inherente a la persona humana, de ahí que se hable, en uno y otro caso, de prueba ilegal y prueba ilícita.

Inicialmente tal apotegma tuvo desarrollo legal en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991 en los cuales se establecía el rechazo de las pruebas obtenidas ilegalmente, a la vez, en materia de libertad probatoria se conminaba el respeto de las garantías y derechos fundamentales.

⁶ Devis Echandía Hernando. Principios Generales de la Prueba Judicial. Bogotá. Editorial ABC. 1985. Pág. 2

Luego con la Ley 600 de 2000 en los artículos 235 y 237 se insiste en el rechazo de la práctica de pruebas “legalmente prohibidas”, y que siempre bajo el más estricto respeto de los derechos fundamentales se busque la demostración, a menos que la ley exija prueba especial, de los elementos estructurales de la conducta punible, la responsabilidad, causales de agravación y atenuación punitiva, la naturaleza y cuantía de perjuicios, etc.

Ya con la Ley 906 de 2004 se elevó como principio rector y garantía procesal en el artículo 23, lo que conlleva la extracción del caudal probatorio tanto de la principal, como de las que sean consecuencia o su existencia dependa de esta. Desarrollo que se materializa también en los artículos 232, 237, 360 y 445 de tal normativa.

La distinción de prueba ilegal o prueba ilícita tiene trascendencia frente a sus consecuencias, pues no siempre el castigo será la exclusión del diligenciamiento. Si se trata de la primera, cuando se ha incumplido el debido proceso probatorio, es necesario determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia para determinar su eliminación.

En tanto que para la segunda la jurisprudencia (CSJ SP, 7 sep. 2006, rad. 21529), ha precisado algunas eventualidades en las que se puede considerar como tal cuando es el resultado de:

(i) ... una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (CN, art. 1º), esto es, efecto de una tortura (C.P., arts. 137 y 178), constreñimiento ilegal (C.P., art. 182), constreñimiento para delinquir (C.P., art. 184) o de un trato cruel, inhumano o degradante (CN, art. 12).

“(ii) ... una violación al derecho fundamental de la intimidad (CN, art. 15), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (CN, art. 28; C.P., arts. 189, 190 y 191), por violación ilícita de comunicaciones (CN, art. 15; C.P., art. 192), por retención y apertura de correspondencia ilegales (CN, art. 15; C.P., art. 192), por acceso abusivo a un sistema informático (C.P., art. 195) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (C.P., art. 196).

“(iii) ... de un falso testimonio (C.P., art. 442), de un soborno (C.P., art. 444) o de un soborno en la actuación penal (C.P., art. 444 A) o de una falsedad en documento público o privado (C.P., arts. 286, 287 y 289)”.

Para concluir respecto a las manifestaciones de la corte es, que lo deseable de este modo es que, al ejercicio de valoración probatoria lo preceda un examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento —primario o subsidiario—, de tal suerte que, solamente, aquellos que superen ese escrutinio puedan ser objeto de análisis judicial. (2014)

Derecho Fundamental al Debido Proceso

El artículo 29 de la Constitución Política indica: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.⁹

Toda persona se presume inocente hasta que no se la haya declarado judicialmente culpable. 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; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El debido proceso, es la base de todo procedimiento, con el son atados otros derechos fundamentales que le siguen y que se debe tener en cuenta para así no quebrantar la norma y los derechos fundamentales del individuo. El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se hagan valer y respetar sus derechos, y se logre la correcta aplicación de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se

⁷ ibidem

⁹ Constitución Política de Colombia. Editorial Legis. Bogotá. 2017.

encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción".

En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico la defensa y preservación del valor material de la justicia.

En el Derecho Penal, el derecho fundamental al debido proceso se centra en la valoración de la prueba ilícita o no. Se parte del principio que en un Estado Social de Derecho todas las actuaciones judiciales deben regirse por un debido proceso, toda vez que, si trae la ilegalidad o ilicitud al proceso, el órgano judicial perdería credibilidad.

El Doctor Hernando Devis Echandía, en su libro de Teoría General de la Prueba Judicial, cita a Winfried Hassemer cuando dice:¹⁰ No existe ningún tipo de igualdad de armas entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentren al alcance de los criminales. El estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no solo sea fundamentada normativamente sino también actúe de manera práctico-simbólica.

El estado no puede utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal. La posición anterior, enfocada hacia la criminalidad y seguramente para el proceso penal, es en su totalidad, aplicable, por ejemplo, al proceso civil, cada vez que el Estado a través del órgano judicial inmacula una prueba ilícita o ilegal, así sea en el proceso civil, se deslegitima, pierde credibilidad y cada día le costará más trabajo hacer que se cumpla sus decisiones, porque la ilegitimidad trae desobediencia justificada.¹¹

Derecho Fundamental a la Dignidad Humana:

La Dignidad Humana, es aquel derecho que además de nacer con la persona y permanecer con ella durante toda su existencia, es la base de todo el ordenamiento jurídico y es la base del Estado Social de Derecho de Colombia. El Congreso de Colombia, no podría crear, modificar y eliminar nuevos delitos sin tener en cuenta los derechos

fundamentales, derechos humanos entre todos el más importante la dignidad humana. La dignidad humana aparece como norma rectora en el artículo 1 del Código Penal, y expresa —El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana—, es decir que es parte esencial del ser humano, es previa a cualquier ordenamiento normativo y ella no requiere para su subsistencia reconocimiento jurídico alguno tal como lo expone el autor mencionado.

Aunado a lo anterior, se infiere que todas las actuaciones que se surtan dentro de un proceso penal, deben sujetarse al núcleo, es decir, la dignidad humana. Ello quiere decir, que cuando la policía judicial captura a un individuo en situación de flagrancia, debe velar por salvaguardar la garantía de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la dignidad humana. No puede maltratar física ni psicológicamente al presunto autor de la conducta punible.

En la sentencia C -822 de 2005, la Honorable Corte Constitucional precisó que cuando se trata de delitos penales sexuales, son inadmisibles las que indaguen sobre comportamiento sexual de la víctima. Las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intrusión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan.

¹⁰ Devis Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Segunda Edición, Editorial Víctor de Zavalía, p. 450.

¹¹ Devis Echandía Hernando. Óp. Cit. Pág. 25

En la sentencia C -822 de 2005, la Honorable Corte Constitucional precisó que cuando se trata de delitos penales sexuales, son inadmisibles las que indaguen sobre comportamiento sexual de la víctima. Las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intrusión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordena su exclusión.

De igual manera, precisó que para la obtención de muestras del imputado se debe seguir unas condiciones para el respeto a la dignidad humana en ese sentido expresó: Si bien la norma no expresa que en la obtención de muestras se deban observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes.

Lo anterior, resulta razonable, toda vez que como bien se expuso anteriormente Colombia es un Estado Social de Derecho y debe velar por el respeto a la dignidad Humana de todos los ciudadanos y habitantes que se encuentren en el territorio nacional. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociedad se podría pensar que el trato debe ser igual con que el indiciado e imputado que realizó el acceso y acto sexual con su víctima. Al mismo tiempo, se abre una brecha entre la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales de las partes en el proceso a toda costa y el sentimiento que genera esta clase de actuaciones a la sociedad, lo que conlleva a pensar que el permitir que la sociedad, o las víctimas tomen justicia por su cuenta y el no importar proteger los derechos fundamentales como la dignidad humana estaríamos en un Estado de anarquía.

Aunado a lo anterior, se debe seguir con el procedimiento en caso de lesionado o de víctimas de agresiones sexuales contemplado en el artículo 250 al respecto la Honorable Corte Constitución en la citada sentencia esboza: —En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, CP), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entre otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede

obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad).¹²

Derecho Fundamental a la Intimidad

La Constitución de 1991, en concordancia con el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contempla como derechos fundamentales con entidad propia y dimensión bien definida de una parte el derecho a la intimidad, la honra, y en otro aparte, al derecho a la información; sin embargo, algunos de los aspectos que se garantizan en el texto constitucional y convencional, no siempre resultan evidentes y la disposición de este derecho por parte de los individuos —muchas veces inconsciente— ocurre por la falta de información

¹² Sentencias SU-159 de 2002, www.corteconstitucional.gov.co. Consultada el día 1 de julio de 2014.

de los propios titulares del derecho sobre la existencia y el potencial de ejercicio del mismo. En vista de lo anterior, puede resultar útil distinguir cuál es el marco de protección de cada uno de estos derechos, empleando como principal herramienta el contexto jurisprudencial que ha construido —desde 1991— la Corte Constitucional referente a ellos, y hacer evidente una situación actual: la disposición inconsciente, en algunos casos, del derecho a la intimidad personal y familiar, en especial con relación al uso masivo de las nuevas tecnologías de la información.

El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) define “intimidad” como: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” (DRAE, 2013). La construcción de la definición de intimidad envuelve entonces, el concepto de que se trata de un derecho con una doble esfera de ejercicio o dimensión, a saber la intimidad personal y la familiar; la jurisprudencia de Estados Unidos, en el punto particular de la protección de datos y el tema de la intimidad de los individuos, estableció una referencia desde la cual quisiera partir en mi reflexión.¹³

El derecho a la intimidad se encuentra consagrada en la Carta Magna en el artículo 15 e indica: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

¹³ El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública, universidad católica de Colombia. Manuel Bautista Avellaneda.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental y que pertenece a la esfera privada del ser humano y que debe ser respetada en su integridad; sólo por vía de excepción el Estado con la autorización judicial puede entrometerse en éste, cuando resulte necesario realizarlo para un fin específico el cual debe ser autorizado por un Juez de Control de Garantías, para velar que realmente se garanticen la protección a los derechos fundamentales como es el caso de la intimidad.¹⁴

En Sentencia T-634 del 2013,¹⁴⁴ la Corte Constitucional indicó que, con relación al derecho a la intimidad, la Corte ha sostenido que el objeto de este derecho es —garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros— y que —la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad— forma parte de esta garantía. Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad —permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores— y que la protección —de esa esfera inmune a la injerencia de los otros —del Estado o de otros particulares— es un —prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo—.

El artículo 14 del Código Procesal Penal, expresa: —Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones. En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de Control de Garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

¹⁴ Fierro Méndez, H (2010). La prueba ilícita e ilegal. Bogotá D.C., Colombia: Leyer.

En la obtención de la prueba en el proceso penal este Derecho Fundamental, se evidencia también en la obtención de muestra sobre el cuerpo físico de la víctima, indiciado e imputado, toda vez que se sobrepasa la esfera privada del individuo. La Corte Constitucional en Sentencia C-822 DE 2005,¹⁴⁶ manifestó que —la obtención de muestras corporales implica algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La obtención de muestras puede también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de huellas de pisadas, o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales o los senos del imputado o imputada. El imputado, víctima puede que se niegue a la realización de dicha prueba porque se siente agraviado con la obtención de la misma, es decir puede negarse, actitud que debe analizar tanto el juez de Control de Garantías, los galenos que le realizaran la prueba y la Fiscalía quien solicite la misma y que se debe sopesar con los intereses jurídicos encontrados. Tratándose de delitos sexuales, el Juez debe observar detenidamente que la intrusión al derecho de intimidad del indiciado, e imputado es necesaria, resulta indispensable para el proceso y se debe realizar obligatoriamente, aunque el procesado no preste su consentimiento, porque la libertad, integridad y formación sexual se vieron quebrantada.

Es decir, resulta legítima la intrusión por parte del Estado al derecho fundamental a la Intimidad, aun cuando no preste el consentimiento del imputado porque los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesarán siempre aún más, sobre los derechos del imputado y consecuente con ello resultaría proporcional la medida.¹⁵

Respecto de lo anterior la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-822 DE 2005, expresó: —En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este

¹⁵ Tirado Hernández Jorge. Curso de Pruebas Judiciales, Tomo I. Parte General. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. pág, 103.

último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.

De lo anteriormente anotado debemos tener en cuenta En este principio se fija o constituye el compromiso del Juez de medir capacidad y efectividad del material de probatorio indicado, según el valor que previamente se ha asignado por la norma jurídica.¹⁶

Echandía (2015, p. 4) establece: las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia, su propio criterio racional de apreciación, su observación crítica, sus propios conocimientos psicológicos, alejado naturalmente, de la arbitrariedad Por otro lado, (Echandia, 2015, p. 5) Paul Paredes alude que: “El sistema de la libre apreciación es aquel por el cual el juez mide la eficacia probatoria de cada medio de prueba, o de su conjunto, guiado por las reglas de la sana crítica, auto conformando su propia convicción que le permita sentar por ocurridos los hechos que representan los medios de prueba”

En la ley 906 del 2004 o Código Penal la cláusula general de exclusión se desarrolla en el artículo 23 según el cual: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igualmente recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Pero también se desarrolla en varios artículos de este Código de Procedimiento Penal como el 232 y 360. La Corte Constitucional

¹⁶ Tomada de: <http://www.villamariaya.com/se-viene-la-justicia-paz-vecinal-casos-menores-conflictos-vecinos/>

en la Sentencia C-233 de 2007 ha denominado aquella norma superior como la regla de exclusión probatoria, precisando al respecto que la nulidad por violación al debido proceso incluye tanto las pruebas violatorias de normas procesales, conocida como prueba ilegal, como las que desconocen o vulneran derechos fundamentales, entendida como prueba ilícita.¹⁷

La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, por tanto su admisibilidad no puede sustentarse en el celoso propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad, fines loables que no admiten medios ilícitos para obtenerlos". (Fierro Méndez, 2010, p. 328).

La verdad teológica en el Proceso Penal

La verdad como concepto genérico se estructura alrededor de estructurar postulados que son irrefutables o que obedecen a afirmaciones que son comprobables por la objetividad o sentido común (Moscovici)¹⁸. A partir de esta definición preliminar, en el campo jurídico el objetivo del derecho es la realización de la justicia y de la libertad¹⁹ que se materializa con dilucidar la verdad real de la verdad procesal.

Para comprender la verdad real en contraposición de la verdad procesal, es necesario hacer la distinción entre ambas, que en palabras del Magistrado Carlos Leonel Buitrago Chávez del Consejo de Estado, señala que "La verdad se presenta como una correspondencia entre lo ocurrido en el mundo y la reconstrucción que de ello hace el juez en la sentencia a partir de las diferentes versiones alegadas por los sujetos procesales, teniendo en cuenta las normas que regulan lo atinente a la aportación, práctica y valoración probatoria."²¹

¹⁷ Tomada de: <https://pixabay.com/es/club-subasta-derecho-s%C3%ADmbolo-juez-2492011/>

Que en correspondencia con la verdad procesal, esta obedece a lo que se encuentre como probado dentro del proceso, lo que no significa que necesariamente hay correspondencia entre ambas verdades.

Hablando sobre la verdad dentro de un proceso, en este caso la última palabra la tiene el juez determinando los hechos y el material probatorio dados en el juicio, con esto lo que se propone es el descubrimiento de la verdad y la reconstrucción de los hechos que nos lleva a la verdad asunto. Esta verdad, que es denominada verdad jurídica o procesal, no se llega a demostrar totalmente, los hechos se encuentran y se fundamenta durante el juicio obteniendo las pruebas. El juez se fundamenta a partir de las pruebas donde pueda reconstruir los hechos que dieron lugar a la causa, sólo en los procesos judiciales se puede considerar como verdadero lo que se pueda probar, pero teniendo fundamentos suficientes estos hechos. (Rodríguez Serpa, F. A., Bolaño Miranda, N., & Algarín Herrera, G. M., 2018, p 263.)²¹

Por ende, y con base en las distinciones que aquí se generan entre la verdad que se esboza dentro del proceso y la correspondencia con la Verdad material o real, el fin del proceso es hacer coincidir los presupuestos fácticos y jurídicos dentro de un mismo esquema que permita la realización de la justicia.

¹⁸ Moscovici, S. (1981). Sobre representaciones sociales. *Cognición social: perspectivas sobre la comprensión cotidiana*, 8 (12), 181-209.

¹⁹ CIFUENTES BEJARANO, N. (2005). *Politología. Historia de las ideas filosófico-políticas*. Editorial Universidad Libre de Colombia. Bogotá.

²⁰ Tomada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art3.pdf>

²¹ Rodríguez Serpa, F. A., Bolaño Miranda, N., & Algarín Herrera, G. M. (2018). De la valoración racional de la prueba en la verdad procesal a la teoría de la probabilidad preponderante.

Conclusión

La obtención de la prueba en el proceso penal debe ajustarse a procedimientos señalados por la Constitución y la norma, con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales y fundamentales del procesado, la víctima y los terceros. Los derechos fundamentales, se encuentran limitados a las conductas que el ser humano realiza en sociedad, es decir, nuestros derechos llegan hasta donde comienzan el de los demás. La intromisión a los derechos como a la dignidad humana, debido proceso, intimidad y libertad resultan legítimos siempre y cuando se garantice la efectividad a través del juez de garantías quien es el que verificara si resulta adecuado, pertinente, y necesario violar la esfera privada del ser humano. Es decir, el procesado no puede valerse de la plenitud del gozo de aquellos cuando se ha infringido la norma, y por ende el Estado se inmiscuye en ellos para velar por la seguridad de la sociedad. Lo importante de todo, es que sea concordante la verdad real con la verdad procesal, aunque se vean limitados los derechos de quien comete la conducta punible, en el caso del hecho en particular, las partes deberán proceder a demostrar la verdad como fuente principal y se harán por los medios de prueba como ilustradores y reestructuradores de los sucesos que dieron como consecuencia el proceso penal, que finalmente guarde concordancia la verdad real y la verdad procesal.

Demostrar la verdad no es tarea sencilla, es necesario acudir además de los medios de prueba idóneos a la argumentación para lograr el convencimiento del juzgador, que no falle con base en unos supuestos fácticos inexactos, sino que coincida con la verdad real, que se transforma finalmente en la realización de la justicia.

Bibliografía / Webgrafía

1. César A Rodríguez —El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss
2. CIFUENTES BEJARANO, N (2005). Politología. Historia de las ideas filosófico-políticas. Editorial Universidad Libre de Colombia. Bogotá.
3. Devis Echandía Hernando. Principios Generales de la Prueba Judicial. Bogotá. Editorial ABC. 1985. Pág. 25
4. Echandía, D. (1995). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá D.C.: ABC.
5. El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública, Universidad Católica de Colombia, Manuel Enrique Bautista Avellaneda.
6. el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, 40, 351-379. Recuperado el 20 de septiembre de 2016.
7. Ferro Méndez, H (2010). La prueba ilícita e ilegal. Bogotá D.C., Colombia: Leyer.
8. Gonzáles Navarro, A (2011). La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá D.C., Colombia: Leyer Editores.
9. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano, DEFENSORÍA DEL PUEBLO Dirección Nacional de Defensoría Pública, Documento elaborado por CHECHAND COMPANY CONSULTING COLOMBIA bajo contrato institucional con USAID Nb. 514-c-00-01-00113-00
10. Maquiavelo, Nicolás (2011). Juan Manuel Forte Monge, ed. Obra selecta: El príncipe; El arte de la guerra; Discursos sobre la primera década de Tito Livio; Vida de Castruccio Castracani; Discursos sobre la situación de Florencia tras la muerte del joven Lorenzo de Médicis. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos.
11. Moscovici, S. (1981). Sobre representaciones sociales. Cognición social: perspectivas sobre la comprensión cotidiana, 8 (12), 181-209.
12. Rodríguez Serpa, F. A, Bolaño Miranda, N, & Algarín Herrera, G. M (2018). De la valoración racional de la prueba en la verdad procesal a la teoría de la probabilidad preponderante.
13. Tirado Hernández Jorge. Curso de Pruebas Judiciales, Tomo I. Parte General. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. pág., 103.
14. Tomada de: <http://www.villamariaya.com/se-viene-la-justicia-paz-vecinal-casos-menores-conflictos->

vecinos/

15. Tomada de: <https://pixabay.com/es/club-subasta-derecho-s%C3%ADmbolo-juez-2492011/>
16. Tomada de: <https://pixabay.com/es/club-subasta-derecho-s%C3%ADmbolo-juez-2492011/>
17. Tomado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art3.pdf>