



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 20 de 2010
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2010

LA PRÁCTICA Y VALORACIÓN PROBATORIA POR FUERA DEL JUICIO ORAL DENTRO DE LA LEY 906 DE 2004

Enrique Del Río González¹

Correspondencia: Del Río – González, Enrique en: enriquedelrio1975@gmail.com

RESUMEN

La prueba es una de los elementos procesales de más trascendencia e importancia, sobre todo, en materia penal. Los sistemas procesales penales, han trasegado entre el respeto de las garantías y su limitación, su implantación en determinado Estado, sin lugar a dudas, depende del interés político por el que se atravesase. Con la reforma de la ley procesal inmersa en la ley 906 de 2004, se adoptó un proceso penal para Colombia, de características acusatorias, lo que generó que se fortalecieran grandes principios de derecho probatorio, pues en esta ley, se resaltaron las características del sistema acusatorio, históricamente considerado el más garantista². En la reforma, que fue generada a partir del acto legislativo 03 de 2002, y luego decantada mediante la ley 906 de 2004, se estudian temas tales como la desaparición del principio de permanencia de la prueba, lo que inquieta, pues las “pruebas” recaudadas en las etapas preeliminares, indagación e investigación, son de precario valor, sino se autentican o practican el juicio, sin embargo, en las etapas previas al juicio oral y público se toman decisiones de gran trascendencia para los derechos fundamentales de los intervinientes, en especial cuando se limitan.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal. Especialista en Derecho Probatorio. Docente Programa de Derecho Cartagena de la Corporación universitaria Rafael Núñez.

² “... La selección de los elementos teóricamente esenciales en los dos modelos, está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva...” Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Páginas 563 y siguientes.

Avizoramos entonces un contrasentido, pues no se entiende como pueden tomarse decisiones con respecto de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro de un proceso penal, (entre las que podemos enunciar como ejemplo, la imposición de medidas de aseguramiento y el restablecimiento de los derechos a la víctima) sin fundamento probatorio, transgrediéndose el reconocido principio de necesidad de la prueba.

Palabras Claves

Permanencia de la prueba, dicotomía de la prueba, juicio oral, audiencias preliminares, indagación, sistema acusatorio, garantías, necesidad de la prueba, sistema procesales penales.

ABSTRACT

The test is a procedural element of more significance and importance, especially in criminal matters. Criminal procedural systems have racked between respect for the guarantees and its limitation, its implementation in a certain state, without doubt, political interest depends on the cross. With the reform of procedural law into the law 906 of 2004 adopted a criminal trial for Colombia, accusatory features, which led to a strengthening of major principles of evidence law, for in this law, highlighted the features of the system adversarial, historically considered the most guarantees. In the reform, which was generated from the legislative act 03 of 2002, and then decanted through Law 906 of 2004, studying topics such as the disappearance of the principle of permanence of the evidence, which concerned because the "evidence" collected in the preliminary stages, inquiry and research, are of poor value, but are authenticated or trial practice, however, in the stages before the public trial decisions are of great importance for the fundamental rights of those involved in especially when time is limited

Then envision a contradiction, they do not understand how they can take decisions regarding the rights and guarantees of the parties and others involved in criminal proceedings (among which are stated as such, the imposition of security measures and restoration rights of the victim) without evidentiary basis, violating the principle recognized need for the test.

Keywords

Permanence test, test dichotomy, trial, preliminary hearings, inquiry, adversarial system, guarantees, need proof, system of criminal procedure.

INTRODUCCIÓN

Mediante el acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, se introdujeron en la Constitución Política colombiana, los cimientos de un proceso penal moderno, plagado de características acusatorias, que luego fueron decantadas mediante la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, con ella, como se dijo, se procuró instaurar un sistema penal con tendencia acusatoria, que permitiera superar los inconvenientes presentados desde la Ley 600 de 2000. En materia probatoria se adoptó el principio de dicotomía probatoria, en remplazo del principio de permanencia de la prueba, consagrándose, de manera general, que sólo pueden tener carácter de prueba, aquellas producidas o incorporadas en forma pública, oral, concentrada y controvertidas en el juicio, previo descubrimiento en la audiencia preparatoria, con excepción de la producida o incorporada de manera anticipada, ante el Juez de Control de Garantías.

De tal manera, los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que se recopilan por los organismos con función de policía judicial, bajo la coordinación del fiscal, en el transcurso de la indagación e investigación, automáticamente no adquieren calidad de prueba, sino sólo cuando son presentados, con las ritualidades legales ante el juez de conocimiento respectivo y en presencia de las partes e intervinientes para garantizar el derecho de defensa del procesado y de contradicción de todos los actores procesales.

Legalmente se ha consagrado esta diferenciación, no obstante en la práctica judicial, y con fundamento legal, observamos que con anterioridad al desarrollo del

juicio oral y público e incluso antes de la audiencia preparatoria, se realizan audiencias preliminares en las cuales se valoran los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida hasta ese momento, para efectos de tomar decisiones judiciales que no en pocos casos limitan derechos fundamentales de los actores procesales, tales como las medidas cautelares personales y patrimoniales.

Lo anterior, si bien implica una restricción en materia probatoria, no debe dejar de lado aquellas circunstancias en las cuales, los jueces de control de garantías, como garantes de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes dentro del debate penal, valora los elementos probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, recaudados hasta ese momento, para decidir, por ejemplo, si imponen medida cautelar personal.

No podríamos afirmar, de manera tajante, que sólo en el juicio se experimenta la actividad probatoria, pues es imperativa la aplicación del principio de necesidad de la prueba para toda decisión judicial, lo que implica que, si en los momentos preliminares del proceso penal hay decisiones de trascendencia para los derechos de las partes e intervinientes, debe admitirse que hay actividad probatoria, la que implica, incluso, valoración probatoria.

Jurisprudencialmente, la discusión se ha desarrollado de forma paralela a lo planteado por los tratadistas nacionales, y poco a poco se ha decantado que no puede dejarse de lado todas las situaciones procesales que se desarrollan en las etapas de indagación e investigación, que son llevadas a conocimiento del juez de control de garantías, a efecto de que decida si restringe o no garantías o derechos constitucionales.

Con este trabajo pretendemos analizar lo propuesto por la doctrina nacional y extranjera, lo decantado por la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Penal y determinar de manera contundente la existencia de la práctica y valoración probatoria por parte de los operadores jurídicos antes del juicio oral y público.

PRÁCTICA Y VALORACIÓN PROBATORIA POR FUERA DEL JUICIO ORAL

Con respecto al tema de la práctica y valoración probatoria por fuera del juicio oral dentro de la ley 906 de 2004, podemos señalar que este tópico no ha sido pacífico en la comunidad jurídica nacional e internacional, pues son muchas las inquietudes que ha generado, especialmente, entre operadores judiciales y litigantes.

Revisemos entonces el desarrollo de este tema a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia Colombiana, y la doctrina.

Práctica y valoración probatoria por fuera del juicio oral dentro de la ley 906 de 2004, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Sobre este particular, y atendiendo al desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia **C- 591 de 2005**, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Inés Vargas, señaló que las modificaciones introducidas al proceso penal mediante acto legislativo 03 de 2002, inciden en el régimen probatorio, pues, se deja de lado el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación, y demás sujetos procesales, desde la indagación preliminar, tenían validez, sin modificación alguna, para toda la actuación procesal, incluso para dictar sentencia. El abandono del principio de permanencia de la prueba, brota como consecuencia de la reafirmación de la concentración e inmediación de la prueba, también principios rectores de procedimiento característicos en los esquemas acusatorios

De la misma manera, la mencionada Corporación, en sentencia **C- 396 de 2007**, con ponencia del Honorable Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, analizó la constitucionalidad de la prohibición de decretar pruebas de oficio en materia penal, aclarando que dicha restricción no es carácter absoluto, siendo válida para los jueces de conocimiento como directores de la etapa procesal, pero no para las etapas preliminares, por cuanto los jueces de control de garantías, cuyas funciones descansan en la protección de los derechos y libertades individuales de rango constitucional, existen circunstancias que obligan a desentrañar la verdad, casos en los cuales sin parcializarse hacia ninguno de los intervinientes puede decretar pruebas de oficio. Observemos que en este caso, la honorable Corte Constitucional, reconoce de manera evidente que pueden decretarse pruebas de oficio en audiencias preliminares, mucho antes de la etapa de juzgamiento, con la finalidad de garantizar ampliamente los derechos de los indiciados.

De la misma manera, la Corte Constitucional, en sentencia **C- 536 de 28 de mayo de 2008**, del Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, destaca la función que asigna el numeral 3º del artículo 250 constitucional a la Fiscalía General de la Nación, la cual no se encontraba prevista en la Carta de 1991, relativa a “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual deberá garantizar la cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción de tales pruebas. Así mismo, resalta que en caso de requerirse medidas adicionales para asegurar elementos materiales probatorios, que impliquen afectación de derechos fundamentales, se deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de garantías.

Práctica y valoración probatoria por fuera del juicio oral dentro de la ley 906 de 2004, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Siguiendo la misma línea, la Corte Suprema de Justicia, en su **Sala de Casación Penal en sentencia N° 24468 de 30 de marzo de 2006**, con Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo, decantó que el principio de inmediación en materia

probatoria, implica que en el juicio oral únicamente se estimarán los contenidos probatorios producidos de manera oral y pública, en presencia del juez de conocimiento.. Dicha providencia aclara en materia de pruebas de oficio, que la prohibición consagrada en la ley no es de carácter absoluto, pues excepcionalmente, ante casos que lo ameriten, el juez podrá inaplicar lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, para garantizar la supremacía de la Carta Constitucional, en especial en lo referente al respeto de los derechos fundamentales de los encartados, se aclara que esta proveído es anterior al análisis de constitucionalidad realizado mediante la sentencia C - 396 de 2007, al que nos referimos anteriormente.

La sentencia **Nº 27192 de 30 de enero de 2008**, proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, señaló que las modificaciones surtidas desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, implican un cambio trascendental en materia probatoria, en la medida que se deja en el pasado el principio de permanencia de la prueba, que implicaba una dispersión en su recaudo y valoración, para ser practicada de manera concentrada en un juicio oral con todas las garantías procesales. Es así como los elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, no podrán ser el fundamento de la sentencia, sin antes tener la posibilidad de ser controvertidas en el juicio por los sujetos procesales.

Siguiendo los lineamientos de **la sentencia Nº 35573 de 4 de marzo de 2008**, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, podemos señalar que con la implementación de la Ley 906 de 2004 se abandonó el principio de permanencia, en virtud del cual las pruebas practicadas por la fiscalía desde la indagación preliminar tienen validez para dictar sentencia, instaurándose con la entrada en vigencia de la misma los principios de concentración e inmediación, según los cuales, los elementos materiales probatorios y evidencias recaudadas dentro de la

investigación pueden servir para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, pero no para proferir sentencias condenatorias.

Asimismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en **Sentencia N° 30214 de 17 de septiembre de 2008**, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez señaló que los elementos materiales probatorios no son prueba propiamente dicha sino un germen de la misma y por lo tanto no pueden alcanzar dicha categoría y sólo aquellas pruebas que se practiquen y controviertan en el juicio oral y público pueden ser fundamento de la sentencia.

Para finalizar nuestro análisis jurisprudencial, en la **Sentencia N° 32863 de febrero 3 de 2010**, con Magistrada Ponente, María del Rosario González de Lemos, la Corte Suprema de Justicia consagró que en consecuencia de la implementación del principio de inmediación, el juez sólo podrá valorar como pruebas, las practicadas y controvertidas en el juicio oral y de esta manera la admisión de pruebas de referencias será de carácter excepcional.

Práctica y valoración probatoria por fuera del juicio oral dentro de la ley 906 de 2004, conforme la doctrina especializada.

Aterrizando en la Doctrina, el ilustre maestro Taruffo (2002) reconoce que el problema principal que se plantea a propósito de la formación de la prueba en el sentido amplio, es si existen únicamente procedimientos legales de formación de la prueba o bien si la prueba puede formarse de otros modos, distintos de los regulados por la ley. Una primera y obvia respuesta a estos problemas no puede ser más que negativa, en el sentido de que pueden formarse pruebas de muchos modos que no están en absoluto regulados por la ley.

Cortes y Moreno (2005) señalan que aunque los elementos probatorios son en principio, medios de investigación, en determinadas ocasiones siempre que se abra el juicio oral, además de sustentar la investigación y permitir la imputación,

pueden ser verdaderos medios de prueba. Aunque señalan que en algunos casos, la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral, mediante la utilización de aquellos medios que fueron utilizados para investigar, determina que la Ley, permita que dichas investigaciones tengan efectos probatorios, siempre que se realicen en unas condiciones formales, tanto procesales como constitucionales, en la que queden salvaguardados los derechos del acusado. En estos casos, es imprescindible la intervención del juez y la vigencia del principio de contradicción.

Muñoz(2006), analizando la estructura del sistema acusatorio, señala que el juicio es el escenario principal donde efectivamente se desencadena el proceso, pues, sólo en esa instancia, se practicarán las pruebas descubiertas anteriormente, tanto por la defensa como por la fiscalía, y se practicarán los interrogatorios correspondientes, ante el juez y jurados, a efectos de que forjen su convencimiento, y puedan, al concluir esta etapa, proferir una decisión basada en lo probado en dicho estadio procesal.

Mittermaier (2005) teniendo en cuenta la estructura básica del sistema acusatorio, manifiesta que ante el juez deben ser presentadas todas las pruebas en un debate oral y público, y de esa manera podrá apreciar lo presentado por la fiscalía y lo aducido por el acusado, si este decide romper su silencio. Por lo tanto, es contraria a la esencia de dicho sistema la valoración de pruebas o evidencias, con anterioridad al juicio y sin contradicción por los intervinientes.

En relación al desarrollo del principio de inmediación a la luz de la Ley 906 de 2004:

Fernández (2006), explicando el alcance del principio de inmediación, señala que en el juicio sólo tendrán categoría de pruebas, las que hayan sido practicadas, producidas e incorporadas en forma oral por el respectivo juez de conocimiento, lo anterior, basándose el artículo 16 de la ley 906 de 2004.

Cortes y Moreno (2005) reconocen que el principio de inmediación es la base del juicio oral, por lo tanto, sólo podrá dictarse sentencia con base a la prueba practicada y presenciada por el juez respectivo, en la mencionada etapa procesal. En sus palabras, esta regla no admite excepciones, por cuanto, si la prueba es una actividad que requiere el convencimiento del funcionario judicial, no le es dable obtener certeza de medios probatorios no controvertidos o aportados al juicio.

Esner (Citado por Cuello) define el principio de la inmediación, como aquel mediante el cual, se asegura que el juez esté en permanente vinculación con los intervinientes en el proceso penal, recibiendo de manera directa las aportaciones probatorias, para que pueda conocer en toda su significación el material de la causa.

Silva (Citado por Cuello) considera que la inmediación implica la aplicación concomitante del principio de concentración, específicamente en la percepción directa por parte del juez de la prueba, en la respectiva etapa procesal.

Kielmanovich (2004) refiriéndose al mismo principio, señala que su práctica implica que el juez debe hallarse en contacto personal y directo con los objetos y personas que sirven como fuente de prueba, de tal manera, que pueda alcanzar un amplio convencimiento y concordancia entre el objeto percibido y el objeto de prueba,

Muñoz (Citado por Kielmanovich) manifiesta con relación a este principio, que psicológicamente el motivo de la prueba es un factor que estimula la percepción judicial, y permite un juicio más exacto de valoración. La posibilidad de apreciación de la prueba por parte del juzgador, permite reducir los obstáculos y los errores de valoración probatoria.

Radbruch (Citado por Cappelletti), criticaba la falta de inmediación en el proceso, con las siguientes palabras: “Los jueces en esas condiciones juzgaban sobre la base de deposiciones que nunca habían oído con sus propias orejas y respecto de partes que no habían comparecido ante sus ojos”.

Tirado(2006) señala que el principio de inmediación se debe cumplir estrictamente en la Ley 906 de 2004, pues los medios de conocimiento que se presentan en la audiencia preparatoria, sólo son incorporados al acervo probatorio, en la audiencia de juicio oral, de tal manera que todo aquello que no haya sido analizado de manera directa por el juez de conocimiento, no podrá ser estimado como prueba, por no haber sido sujeta, adicionalmente, a los principios de contradicción y concentración.

Goldschmidt (Citado por Cortés y Moreno) analiza el principio de inmediación, desde dos perspectivas; una subjetiva y otra objetiva, la primera permite garantizar que el juzgador esté en contacto directo con las fuentes de prueba, pudiendo percibir las por sí mismo, y la segunda, garantiza que el juez forje su convicción de acuerdo con la hipótesis más soportada por las pruebas debidamente aportadas.

De la misma manera, González (2005) reconoce que se ha dado un giro radical desde un régimen probatorio en el que la columna vertebral estaba determinada por el principio de permanencia de la prueba hasta un modelo en el que sólo es prueba la que se produce ante los ojos del juez de conocimiento.

El tratadista Pérez (2005) señala que la actividad probatoria previa al juicio no puede ser fundamento de la sentencia, pues una de las características intrínsecas del sistema acusatorio es que dicha actividad, que no ha alcanzado a ser controvertida ni ha cumplido con el principio de inmediación procesal.

Con relación a las modificaciones originadas en el sistema probatorio a la luz de la Ley 906 de 2004:

En palabras de Reyes (2004), el acto legislativo de diciembre 19 de 2002, eliminó las ataduras normativas que impedían la implementación del sistema acusatorio en el ámbito penal nacional, así se erradicó la facultad en cabeza de los fiscales, de practicar pruebas que con posterioridad eran tenidas en cuenta para decisiones trascendentales, cumpliendo de esta manera un papel de juez sin serlo, máxime cuando lo recaudado se cobijaba con el principio de permanencia, de tal manera que podía ser fundamento de la decisión condenatoria o absolutoria.

Según Bernal y Montealegre (2004), siguiendo la tendencia acusatoria del modelo impuesto por la Ley 906 de 2004, durante la investigación no se genera debate probatorio alguno, pues conforme los lineamientos del artículo 250 de la Carta Constitucional Colombiana, el defendido sólo tiene acceso a la evidencia, al momento de enfrentarse al escrito de acusación, en otras palabras, es el juicio la etapa que permite conocer y controvertir los elementos materiales probatorios o evidencia física que se pretenden hacer valer. Lo anterior trae como consecuencia, que la ausencia de práctica probatoria durante la etapa investigativa conlleva a la inexistencia de la permanencia de la prueba, pues, todo los medios materiales de prueba y evidencias recaudados deben ser debidamente presentados en el juicio oral y público, de lo contrario, no serán tenidos en cuenta en el fallo judicial.

En palabras de Giacomette (2009), el acto legislativo N° 03 de 2002, introdujo el principio acusatorio, el cual está diferenciado en dos fases procesales que se distinguen así: Una etapa preprocesal en la cual el fin de la prueba, consiste en determinar la existencia o no de la conducta delictiva, identificar los sujetos posiblemente enjuiciables, determinar los hechos que serán imputados, y una fase netamente procesal, que permite una dinámica de la prueba, que puede

concluir del análisis de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con posibilidad de *verdad*, que la conducta existió y que el encartado es autor o partícipe. Es en este estadio donde la defensa puede ejercer efectivamente el derecho de contradicción.

Urbano(2010), señala que por primera vez en la historia del constitucionalismo colombiano, la estructura probatoria penal se constitucionalismo incluyéndose, entre otros, los principios de inmediación, publicidad, oralidad, contradicción y concentración, que definen la esencia del juicio. De esa manera, sólo será considerado prueba lo practicado en audiencia pública, y el juez de conocimiento está obligado a dirigir la práctica probatoria, que el derecho de contradicción se ejerza controvertiendo la prueba en la misma audiencia, pues las pruebas de referencia por su misma naturaleza, están proscritas del proceso penal, por su imposibilidad de contradicción y la consecuente inviabilidad de la misma, tornándose admisible pues no puede ser controvertida por el acusado o la defensa.

Ramírez (2005), reconoce que quien sea informado o tenga conocimiento que se le está siendo investigado, puede con la asistencia de un defensor, recaudar elementos materiales probatorias, por intermedio de peritos o investigadores, los cuales, por medio de informes podrán hacer valer sus pesquisas en el juicio oral o público. Asimismo, sólo el juzgador en el momento de decidir, únicamente puede forjar su convicción basándose en las pruebas aducidas y practicadas en el juicio oral y público.

García (Citado por Fernández), señala que la actividad probatoria, sólo se desarrolla en el juicio oral, ante el juez de conocimiento, pues es necesario que se cumplan estrictamente los principios de inmediación y concentración probatoria. De esta manera no opera el principio de permanencia de la prueba, pues con la imposición del sistema penal con tendencia acusatoria, se excluyó a la fiscalía de

atribuciones judiciales, y se adoptó como regla general que el juez de conocimiento sea el competente para valorar la actividad probatoria.

Guerrero (2007) conceptúa que en el proceso penal con tendencia acusatoria, el juzgador adquiere su convicción de la totalidad del juicio oral, rezagándose lo recaudado en la investigación, es así que del conjunto probatorio surtido en su presencia se sustentará su convicción. No obstante, reconoce que el fiscal mediante una orden basada en motivos fundados y teniendo en cuenta los medios cognoscitivos previstos en ley, podrá limitar los derechos fundamentales del indiciado, de tal manera se requieren circunstancias objetivas, que constituyan indicios concretos o la existencia de un principio de prueba.

Restrepo (2008) señala que contrario al sistema impuesto por la Ley 600 de 2000, donde reinaba el principio de permanencia de la prueba, en la actualidad, el juicio oral desarrolla la práctica propiamente dicha de todas las pruebas válidas en la actuación penal. Esto conlleva a que todas las pruebas practicadas deben cumplir el principio de concentración e inmediación, procurándose que la audiencia sea desarrollada en el menor tiempo posible, permitiendo así que el juez perciba directamente a través de sus sentidos todo lo producido en el debate probatorio.

Mora (2007) explica que en el proceso mixto anterior, reglado por la Ley 600 de 2000, imperaba el principio de permanencia de la prueba, por cuanto el Estado en la etapa de instrucción, recaudaba y fabricaba la prueba y posteriormente, la llevaba a la etapa de juicio, gracias igualmente al principio de escrituralidad del sistema mencionado. Con la expedición de la Ley 906 de 2004, el principio de la permanencia de la prueba es desplazado y se desarrollan ampliamente los principios de concentración e inmediación y sólo aquellos elementos presentados en la audiencia de juicio oral, susceptibles de contradicción, serán reconocidos como prueba.

Según González (2007), la intervención del juez de conocimiento en la práctica de pruebas es de carácter forzoso, no se puede considerar como tal aquellos elementos recaudados sin la intermediación del juez, y demás intervinientes. Es así como el juez sólo estimará como prueba la que haya sido incorporada en forma pública y oral, y debidamente sujeta a contradicción.

Morales (2004) señala que sólo en el juicio oral serán practicadas las pruebas, en desarrollo del principio de inmediación, pues con anterioridad a este, los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía y las partes, son valorados para acreditar que el imputado es autor o partícipe del delito materia de investigación.

Baytelman (2006), en su análisis al juicio oral, señala que por su naturaleza pública, concentrada y con aplicación estricta del principio de inmediación, trae como consecuencia que el operador jurídico debe percibir en forma personal y directa la prueba. De esta manera, el juez al momento de fallar, sólo lo hará teniendo en cuenta lo materializado en el juicio oral, pues el conocimiento y las apreciaciones obtenidas en este, es lo único permitido para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Fierro (2007) señala que toda prueba debe ser solicitada en la audiencia preparatoria, para luego poder ser controvertida en el juicio oral por los intervinientes, y sólo se tendrán en cuenta de manera estricta las que hayan cumplido con dicho trámite de rigor, no obstante, el mencionado autor reconoce que en las audiencias preliminares, se toman decisiones que pueden afectar los derechos y garantías fundamentales, por cuanto se tienen en cuenta hasta ese momento, lo recaudado como elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que sirven de demostración de los hechos.

Morales (2001) critica la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva, pues de esta manera se mantiene un rezago del sistema de tarifa legal, en lo concerniente a la exigencia de los dos indicios para su imposición, el cual trae como consecuencia, la arbitrariedad en la valoración probatoria, presuponiendo la responsabilidad penal del investigado, mucho antes de ser escuchado y vencido en el juicio oral y público.

Según Botero (2008) en las investigaciones preliminares no se recauda pruebas, pues no existen partes procesales propiamente dichas, sólo cuando sea necesario imponer medidas restrictivas de la libertad, puede interrogarse al imputado y recaudar elementos para garantizar sus derechos, pero dichos elementos recaudados no tendrán incidencia probatoria en el trámite del juicio. La prueba por lo tanto, se formará delante del juez, y los resultados de las investigaciones surtidas deben ser expuestos al mismo, de tal manera que puedan adquirir dicha condición.

Londoño (2009) señala que la exigencia de motivos fundados para restringir derechos fundamentales, implica una sustentación probatoria por medio de evidencias, que indiquen la probable participación del investigado en la comisión de un delito. De esta manera, se exige un soporte probatorio mínimo que sustente la acción que despliega la acción penal. Así, el mencionado autor, logra concluir que la valoración probatoria no se circunscribe al juicio oral, sino que con anterioridad al mismo, se restringen derechos fundamentales en audiencias preliminares con base en los elementos probatorios recaudados hasta ese momento.

CONCLUSIONES

Luego de analizar las múltiples posiciones doctrinales y jurisprudenciales esbozadas, podemos formular las siguientes conclusiones:

Mediante el acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, se autorizó en la legislación procesal penal colombiana la implementación de un sistema penal con tendencia acusatoria, el cual se cristalizó con la expedición de la Ley 906 de 2004, la cual en materia probatoria adoptó el principio de dicotomía, el cual sólo considera como pruebas, aquellas producidas o incorporadas en forma pública, oral, concentrada y controvertidas en el juicio, previo descubrimiento en la audiencia preparatoria.

Los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que se recaudan en el curso de la indagación e investigación, sólo adquieren calidad de prueba, cuando son presentados, ante el juez de conocimiento respectivo y en presencia de las partes e intervinientes para garantizar el derecho de defensa del procesado y de contradicción de todos los actores procesales.

En la práctica judicial, se observa que con anterioridad al desarrollo del juicio oral y público, se llevan a cabo audiencias preliminares en las cuales se valoran los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida hasta ese momento, para efectos de tomar decisiones judiciales que en ocasiones limitan derechos fundamentales de los actores procesales, tales como las medidas cautelares personales y patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. y Montealegre, E. (2005) Constitución y Sistema Acusatorio. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Baytelman, A. y Duce, M. (2006) Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba

- Bernal, J. y Montealegre, E. (2004) El proceso penal. Quinta Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Botero, M (2008) El sistema procesal penal acusatorio “El justo proceso”, Ediciones Jurídicas Andrés Morales
- Cortés, V. y Moreno, V. (2005) Derecho procesal penal. Editorial Tiran Lo Blanch. Segunda edición.
- Cuello, G. (2008) Derecho Probatorio y Pruebas Penales. Editorial Legis.
- Ferrajoli, L. (2007) Derecho y Razón. Editorial Trotta.
- Fierro, H (2007) Control de garantías del proceso penal acusatorio. Editorial Doctrina y ley.
- Giacomette, A. (2009) Introducción a la Teoría General de la Prueba. Señal Editora - Universidad del Rosario.
- González, A. (2005). Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio. Editorial Leyer
- González, P(2007) La policía judicial en el sistema acusatorio. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Guerrero, O. (2007) Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica.
- Kielmanovich, J (2004) Teoría de la Prueba y medios probatorios. Tercera Edición.

- Londoño, C (2009) Medidas de aseguramiento y análisis constitucional. Ediciones Nueva Jurídica.
- Mittermaier(2005) La prueba en materia criminal. Editorial Leyer.
- Mora, R. y Sánchez, M. (2007) La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio.
- Morales, G. (2004) Reforma Judicial Penal- Fundamentos docentes y jusfilosóficos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Morales, G. (2001) Proceso y sistemas de juzgamiento penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Muñoz, O(2006) Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Editorial Legis.
- Parra, J. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional Ltda.
- Pérez, E. Fundamentos Del Sistema Acusatorio De Enjuiciamiento Penal. Editorial Temis. 2005.
- Proceso y sistemas de juzgamiento penal, precisiones conceptuales sobre el nuevo código de procedimiento penal. (2001) Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Restrepo, J. (2008) Estructura del nuevo proceso penal y concepción democrática del Estado. Alvi Impresores Ltda.

- Reyes, Y. (2006) El Juicio Oral, Ediciones Doctrina y Ley. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2004.
- Reyes, Y. (2005). Sistema Acusatorio Colombiano, Ediciones Doctrina y Ley. Primera Edición. Bogotá D.C.
- Taruffo, M. (2002) La Prueba De Los Hechos. Editorial Trotta.
- Tirado, J. (2006) Curso de Pruebas Judiciales, Parte General. Ediciones Doctrina y Ley.
- Urbano, J. La Nueva Estructura Probatoria Del Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Urbano, J. (2010) El sistema Probatorio del Juicio Oral. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".