

Capítulo I
**EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO EN LA ACTUACIÓN PENAL PARA LOS
ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA**

| | |
|--|-----|
| 1. Debido proceso general y debido proceso probatorio | 5 |
| 2. Contexto..... | 10 |
| 3. Aplicación práctica del debido proceso probatorio..... | 13 |
| 4. Debido proceso probatorio por medio de los actos de investigación y actos de prueba | 18 |
| 4.1. Licitud y legalidad de los medios de conocimiento | 18 |
| 4.2. Los actos de investigación, los actos de prueba y la solicitud de exclusión | 21 |
| 4.3. Los actos de investigación y de prueba | 22 |
| 5. La prueba y sus efectos..... | 39 |
| 5.1. Prueba y actividad probatoria..... | 39 |
| 5.2. Principios orientadores | 66 |
| 5.3. Reglas probatorias esenciales | 79 |
| 5.3.1. Comprensión..... | 79 |
| 5.3.2. Vocabulario del régimen probatorio..... | 88 |
| 6. Elemento material probatorio y evidencia física | 90 |
| 6.1. Elemento material probatorio | 90 |
| 6.2. La evidencia física | 95 |
| 6.2.1. Referencias normativas | 95 |
| 6.2.2. Concepto..... | 96 |
| 6.2.3. Las reglas de las evidencias | 100 |
| 6.2.4. Las evidencias más comunes en el lugar de los hechos | 100 |
| 6.2.5. La evidencia según la criminalística..... | 101 |
| 6.2.6. La determinación de la pertinencia de una evidencia física, según la teoría del caso | 101 |
| 6.2.7. Sentido y alcance de la autenticación de las evidencias físicas | 105 |
| 6.2.8. El debido proceso en la incorporación y valoración de las evidencias físicas..... | 106 |
| 6.3. La información legalmente obtenida | 108 |
| 6.4. Declaraciones anónimas..... | 113 |
| 6.4.1. Contexto | 113 |
| 6.4.2. Anónimos y eficacia probatoria..... | 118 |
| 6.4.3. ¿El anónimo es una información legalmente obtenida?..... | 119 |
| 7. La cadena de custodia como garantía de un debido proceso probatorio | 120 |
| 7.1. Definición y naturaleza | 120 |

| | |
|--|-----|
| 7.2. Aspectos normativos | 128 |
| 7.3. La evidencia, autenticidad y cadena de custodia..... | 130 |
| 7.4. Cadena de custodia y control judicial..... | 131 |
| 7.5. Parámetros para el ejercicio de la cadena de custodia..... | 134 |
| 7.6. Principios básicos y control de la cadena de custodia..... | 135 |
| 7.7. Cadena de custodia y pruebas | 139 |
| 7.8. Aplicaciones sobre la cadena de custodia..... | 141 |
| 7.9. Aspectos prácticos en la cadena de custodia..... | 149 |
| 7.10. Ausencia y defectos en la cadena de custodia: consecuencias jurídicas..... | 150 |
| 7.10.1. Los problemas con la cadena de custodia son de valoración probatoria | 150 |
| 7.10.2. Los problemas suscitados con la cadena de custodia son de legalidad..... | 155 |
| 7.10.3. Posición del autor..... | 157 |
| 8. Las facultades probatorias | 164 |
| 8.1. Facultades probatorias del juez..... | 164 |
| 8.1.1. La actividad del juez en el ejercicio probatorio | 164 |
| 8.1.2. Toma de posición..... | 181 |
| 8.1.3. Análisis del juez sobre la procedencia de la prueba | 189 |
| 8.1.4. La prohibición de pruebas de oficio por el juez de conocimiento en el derecho patrio..... | 190 |
| 8.1.5. Pruebas de oficio en el derecho comparado..... | 197 |
| 8.2. Facultades probatorias del Ministerio Público..... | 198 |
| 8.2.1. Marco normativo | 198 |
| 8.2.2. Óptica constitucional sobre el Ministerio Público en el proceso penal | 201 |
| 8.2.3. Actuación del Ministerio Público en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento..... | 201 |
| 8.2.4. El Ministerio Público no tiene acceso a la carpeta de la Fiscalía General de la Nación | 216 |
| 8.3. Facultades probatorias de la víctima..... | 226 |
| 8.3.1. Posición de la víctima en la sistemática procesal acusatoria..... | 226 |
| 8.3.2. Visión normativa sobre los derechos de la víctima..... | 233 |
| 8.3.3. Postura internacional sobre los derechos de las víctimas; tópicos | 236 |
| 8.3.4. Actividad probatoria con respecto a la víctima en los delitos sexuales | 237 |
| 8.3.5. La necesidad de ponderar el derecho a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales y el derecho a la defensa del | |

| | |
|--|-----|
| procesado, en la admisión, práctica, valoración de pruebas y la exclusión de pruebas | 240 |
| 8.3.6. La víctima debe aportarle al fiscal medios probatorios para lograr que se revoque la orden de archivo | 243 |
| 8.3.7. La víctima está obligada a presentar medios de conocimiento cuando vaya a solicitar medida de aseguramiento..... | 246 |
| 8.3.8. La víctima está obligada a descubrir los medios de prueba que va a solicitar en la audiencia preparatoria | 246 |
| 8.3.9. El derecho de la víctima a solicitar pruebas para el juicio en la audiencia preparatoria..... | 247 |
| 8.3.10. ¿Tiene derecho la víctima a presentar las pruebas en el juicio? | 250 |
| 8.3.11. Reflexión temática | 252 |
| 8.3.12. Facultades probatorias de la víctima..... | 253 |
| 8.3.13. Conclusión | 257 |
| 8.4. Facultades probatorias de la defensa | 258 |
| 8.4.1. Naturaleza de la defensa..... | 258 |
| 8.4.2. El principio de igualdad de armas | 262 |
| 8.4.3. La defensa técnica..... | 267 |
| 8.4.4. Momento a partir del cual se ejerce la defensa técnica y material..... | 269 |
| 8.4.5. El derecho a la defensa técnica y el debido proceso en materia penal..... | 282 |
| 8.4.6. Imputado y defensor comportan una sola defensa..... | 283 |
| 8.4.7. Derecho a apelar sentencias condenatorias en materia penal..... | 285 |
| 8.4.8. Derechos de los sindicados, imputados o acusados | 286 |
| 8.4.9. Especiales deberes y atribuciones de la defensa | 288 |
| 8.4.10. Carga dinámica de la prueba..... | 289 |
| 8.5. Facultades probatorias de la Fiscalía | 289 |
| 8.5.1. Marco normativo funcional | 289 |
| 8.5.2. Funciones especiales del Fiscal General de la Nación..... | 291 |
| 8.5.3. Función de la Fiscalía General de la Nación..... | 291 |
| 9. Deberes de la Fiscalía frente al régimen probatorio..... | 295 |
| 9.1. El deber de descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas | 305 |
| 9.2. El deber de presentar en juicio los medios de conocimiento | 306 |
| 10. Estados de la mente en relación con la prueba..... | 307 |
| 10.1. Perfil normativo..... | 307 |
| 10.2. Los estados de la mente para concebir el hecho objeto de prueba | 312 |

| | |
|--|-----|
| 10.3. Del método teórico-objetivo en la Ley 906 de 2004 y las cargas de sustentar y de refutar las hipótesis rivales | 313 |
| 11. La garantía de la inferencia razonable de autoría y participación para imputar | 320 |
| 11.1. Contexto internacional | 321 |
| 11.2. Intervención indiciaria..... | 328 |
| 11.3. Contexto nacional | 331 |
| 12. Probabilidad de verdad para acusar | 353 |
| 13. Certeza o “más allá de toda duda” | 362 |
| 13.1. Contexto temático..... | 362 |
| 13.2. Postura de la jurisprudencia..... | 366 |
| 13.3. Toma de posición..... | 370 |

Capítulo II

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

| | |
|---|-----|
| 1. Los actos de investigación y de prueba | 373 |
| 1.1. Contexto temático..... | 373 |
| 1.2. La distinción entre actos de investigación y actos de prueba, la fortalece las siguientes orientaciones | 383 |
| 1.3. Reflexiones del autor | 390 |
| 1.4. Comprensión temática..... | 394 |
| 2. Los actos de investigación deben ser ordenados por el fiscal competente | 414 |
| 3. Los actos de investigación son adelantados por la Policía Judicial | 432 |
| 3.1. Contexto | 432 |
| 3.2. Rol de la función investigativa | 444 |
| 3.3. Los actos urgentes..... | 446 |
| 3.4. Límite a la función de Policía Judicial..... | 449 |
| 3.5. La función de Policía Judicial y la interceptación a las comunicaciones | 457 |
| 4. Los informes de policía en el sistema penal acusatorio producto de los actos de investigación | 464 |
| 4.1. Tipos de informes..... | 468 |
| 4.2. Valor de los informes de Policía Judicial | 480 |
| 4.3. Los informes de Policía y sus anexos | 483 |
| 5. Valor de los actos de investigación probatorios a nivel del juicio: incidencia en su valoración de las manifestaciones anteriores del testigo..... | 486 |

Capítulo III
ILICITUDES Y EXCLUSIÓN A TRAVÉS DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y PRUEBA

| | |
|---|-----|
| 1. La cláusula o regla de exclusión | 495 |
| 1.1. Antecedentes normativos | 495 |
| 1.2. Origen constitucional de la cláusula de exclusión | 496 |
| 1.3. La prueba ilícita en el derecho comparado..... | 506 |
| 1.4. La regla de exclusión en Inglaterra | 515 |
| 1.5. La <i>exclusionary rule</i> en Estados Unidos | 517 |
| 1.6. Sentencias importantes en el sistema americano sobre la regla de exclusión | 520 |
| 1.7. La doctrina del fruto del árbol venenoso en Alemania | 529 |
| 1.8. La regla de exclusión en los estándares internacionales | 530 |
| 1.9. La prueba ilícita en Tribunal de derechos humanos..... | 533 |
| 1.10. Admisibilidad e inadmisibilidad..... | 535 |
| 2. Nulidad de pleno derecho por los medios de conocimiento obtenidos con violación del debido proceso..... | 550 |
| 2.1. Comprensión temática..... | 550 |
| 2.2. Tratamiento en el derecho comparado | 590 |
| 2.3. Eventos en la praxis judicial donde puede operar la regla de exclusión | 592 |
| 3. Aplicación de la cláusula de exclusión frente a los actos de investigación y prueba..... | 595 |
| 3.1. Diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal (falso juicio de legalidad)..... | 595 |
| 3.2. Prueba ilícita y prueba ilegal/efectos en el proceso/regla de exclusión | 599 |
| 3.3. Cláusula de exclusión que opera respecto de prueba ilícita y prueba ilegal..... | 601 |
| 3.4. Cláusula de exclusión-debido proceso probatorio..... | 606 |
| 3.5. La exclusión probatoria no es la nulidad de la actuación, es el remedio procesal cuando la irregularidad se refiere a la prueba misma..... | 609 |
| 3.6. Los actos de investigación no pueden apreciarse en el juicio si no se introducen legalmente | 611 |
| 3.7. La legitimación del procesado para solicitar la exclusión cuando el acto de investigación afecta los derechos fundamentales de otras personas..... | 612 |
| 3.8. La ilegalidad o ilicitud de los actos de investigación en cabeza del juez de garantías | 613 |
| 3.9. Cargas argumentativas y trámite inherentes al debate sobre exclusión de evidencia..... | 622 |

| | |
|---|-----|
| 3.10. El trámite para resolver las solicitudes de exclusión de evidencia | 624 |
| 3.11. Recursos contra las decisiones que tengan relación con la ilicitud e ilegalidad de prueba..... | 626 |
| 3.12. La demostración de la existencia y contenido de comunicaciones en las que haya participado el procesado | 627 |
| 3.13. La forma como el Estado puede acceder a las comunicaciones en las que haya participado el procesado..... | 629 |
| 3.14. Prohibiciones o limitaciones referidas a la producción de prueba | 633 |
| 3.15. Controversia en la audiencia preparatoria sobre la cláusula de exclusión | 642 |
| 4. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita..... | 646 |
| 4.1. Sistemas que la agrupan | 646 |
| 4.2. Excepciones en el derecho patrio..... | 650 |
| 5. La valoración de la prueba obtenida con violación al debido proceso..... | 660 |

Capítulo IV

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN FRENTE A LAS ILICITUDES PROBATORIAS

| | |
|---|-----|
| 1. El registro y allanamiento judicial | 667 |
| 1.1. Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento..... | 667 |
| 1.2. Reflexiones temáticas..... | 668 |
| 1.3. La orden de allanamiento y registro | 675 |
| 1.4. Objetos no susceptibles de registro..... | 683 |
| 1.5. Mínima actividad probatoria: motivos fundados para ordenar allanamiento y registro | 683 |
| 1.6. Durante la diligencia la Policía Judicial deberá..... | 691 |
| 1.7. Allanamiento: las zonas comunes de las unidades residenciales no están protegidas por el derecho a la intimidad..... | 692 |
| 1.8. El control judicial posterior de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones | 693 |
| 1.9. Constitucionalidad del inciso 1 del artículo 68 de la Ley 1453 de 2011..... | 699 |
| 1.10. Cuando son ilegales los elementos probatorios y evidencias físicas obtenidos en desarrollo de la diligencia deben excluirse | 704 |
| 1.11. Violación del derecho a la intimidad y el domicilio producto de registros y allanamientos..... | 705 |
| 1.12. Allanamiento y registro judicial para fines de captura..... | 715 |
| 1.13. Registro y allanamiento en casos de flagrancia..... | 732 |

| | |
|---|-----|
| 1.13.1. Análisis de flagrancia..... | 732 |
| 1.13.2. Aspectos que configuran la flagrancia..... | 739 |
| 1.13.3. La flagrancia como evidencia procesal..... | 744 |
| 1.13.4. Comprensión temática..... | 746 |
| 1.13.5. Visión constitucional..... | 750 |
| 1.13.6. La inviolabilidad del domicilio, en caso de captura..... | 757 |
| 1.14. Excepciones para registro y allanamiento..... | 761 |
| 1.14.1. Relación del artículo 230 Código Procesal Penal..... | 761 |
| 1.14.2. Código de Seguridad y Convivencia (Ley 1801 de 2016)..... | 772 |
| 1.14.3. Interpretación constitucional de estas excepciones policivas para ingresar al domicilio sin mandamiento judicial escrito..... | 773 |
| 1.14.4. El control judicial posterior del ingreso al domicilio sin orden previa y el párrafo 1 del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016..... | 777 |
| 1.15. Cláusula de exclusión constitucional en materia de registros y allanamientos..... | 784 |
| 1.15.1. Análisis..... | 784 |
| 1.15.2. Exclusión de los medios de conocimiento porque los términos para legalizar el allanamiento y registro, la Policía Judicial los dejó vencer..... | 802 |
| 2. Las intervenciones corporales que invaden el derecho a la intimidad..... | 806 |
| 2.1. Contexto temático..... | 806 |
| 2.2. Concepto y fundamento de las intervenciones corporales..... | 819 |
| 2.2.1. Comprensión temática..... | 819 |
| 2.2.2. Las intervenciones corporales en el derecho comparado..... | 826 |
| 2.3. Intervenciones corporales en el derecho patrio..... | 836 |
| 2.3.1. Perfil constitucional..... | 836 |
| 3. El registro personal..... | 844 |
| 3.1. Marco temático..... | 844 |
| 3.2. Enfoque constitucional..... | 848 |
| 3.3. La constitucionalidad del registro personal..... | 852 |
| 3.4. En ejercicio de su actividad preventiva la policía puede efectuar el registro de personas y vehículos, pero no inspecciones corporales..... | 856 |
| 3.5. Doctrina internacional..... | 860 |
| 3.6. La situación del artículo 208 de la Ley 906 de 2004..... | 861 |
| 3.7. El registro a persona como medio de policía..... | 865 |
| 4. Obtención de muestras que involucren al imputado..... | 876 |
| 4.1. Examen grafotécnico..... | 876 |

| | |
|---|-----|
| 4.2. Muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas | 876 |
| 4.3. Óptica constitucional | 876 |
| 4.4. La constitucionalidad de la obtención de muestras que involucren al imputado | 881 |
| 4.5. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales | 885 |
| 4.5.1. Marco constitucional..... | 886 |
| 4.5.2. La constitucionalidad del reconocimiento y de los exámenes físicos realizados a la víctima | 890 |
| 4.6. Conclusión | 896 |
| 5. Intervención judicial de las comunicaciones que afectan el derecho a la intimidad..... | 898 |
| 5.1. Consideraciones generales..... | 898 |
| 5.2. Interceptación judicial de comunicaciones telefónicas y similares..... | 913 |
| 5.2.1. Proceso penal mixto | 913 |
| 5.2.2. Proceso penal acusatorio..... | 915 |
| 5.2.3. Alcance del concepto “autoridad judicial” | 924 |
| 5.2.4. Doctrina constitucional sobre las interceptaciones telefónicas | 927 |
| 5.2.5. Características | 935 |
| 5.2.6. Límite jurídico de las grabaciones y el sonido | 942 |
| 5.2.7. Naturaleza y valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas | 946 |
| 5.2.8. No se requiere autorización para grabar las conversaciones propias | 949 |
| 5.2.9. Grabaciones realizadas por la víctima de una conducta punible | 950 |
| 5.2.10. El hallazgo casual, la prueba trasladada y la regla de exclusión | 952 |
| 5.2.11. No existe tarifa probatoria legal para acreditar la identidad de las personas que intervienen en la conversación intervenida..... | 958 |
| 5.2.12. La legalidad de las interceptaciones traídas de otras investigaciones | 959 |
| 5.2.13. Valor de los informes de Policía Judicial que incorporan grabaciones y/o transliteraciones y resúmenes de éstas | 962 |
| 5.3. La regla de exclusión de la prueba ilícita sobre comunicaciones..... | 965 |
| 5.3.1. Marco temático | 965 |
| 5.3.2. El estándar de valoración de grabaciones sin el consentimiento de algún participante, la excepción a la regla de exclusión en materia penal y su aplicación en otras áreas del derecho sancionador | 969 |

| | |
|--|------|
| 5.3.3. Conclusiones sobre el estándar de valoración de grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes en la conversación..... | 981 |
| 5.3.4. Doctrina constitucional sobre la violación del derecho a la intimidad del procesado y nulidad de pleno derecho..... | 982 |
| 5.3.5. Doctrina de Woischnick Jan..... | 986 |
| 5.3.6. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 988 |
| 6. Vigilancia judicial de cosas y personas que invaden el derecho a la intimidad..... | 998 |
| 6.1. Vigilancia de personas..... | 998 |
| 6.2. Análisis constitucional de la vigilancia de personas..... | 1004 |
| 6.3. Vigilancia de cosas..... | 1011 |
| 6.4. Reflexión temática sobre el tema de vigilancias y seguimiento..... | 1011 |
| 7. Entrega vigilada..... | 1013 |
| 7.1. Marco normativo..... | 1013 |
| 7.2. Directivas..... | 1015 |
| 7.3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas..... | 1015 |
| 7.4. Convención de Schengen del 14 de julio de 1985..... | 1015 |
| 7.5. Análisis de la entrega vigilada..... | 1020 |
| 8. El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación..... | 1025 |
| 8.1. Origen normativo y comprensión del agente encubierto en Colombia..... | 1025 |
| 8.2. Marco normativo: Artículo 242 actuación de agentes encubiertos..... | 1028 |
| 8.3. Comprensión temática..... | 1029 |
| 8.4. Las actividades encubiertas..... | 1047 |
| 8.5. Principios que rigen la investigación del agente infiltrado..... | 1051 |
| 8.6. Orientaciones de GAFISUD en torno a las investigaciones encubiertas..... | 1052 |
| 8.7. Postura jurisprudencial temática Corte Suprema Sala Penal..... | 1054 |
| 8.8. Agente encubierto virtual..... | 1074 |
| 8.9. Óptica constitucional de las operaciones encubiertas..... | 1076 |
| 9. Intervención judicial sobre bases de datos y recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares..... | 1096 |
| 9.1. Búsqueda selectiva en base de datos..... | 1096 |
| 9.2. El juez de garantías competente para ejercer los controles sobre la búsqueda selectiva en base de datos..... | 1119 |
| 9.3. El documento electrónico..... | 1121 |
| 9.4. Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes..... | 1126 |

| | |
|--|------|
| 9.5. La audiencia de control de legalidad sobre los actos de investigación de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación dejada al navegar por internet u otros medios similares | 1142 |
| 9.6. Toma de posición | 1143 |
| 10. La violación del derecho a no autoincriminación | 1146 |
| 10.1. Origen del derecho no incriminación | 1146 |
| 10.2. Privilegio constitucional estadounidense | 1155 |
| 10.3. Comprensión, naturaleza y características del derecho de no incriminación | 1159 |
| 10.4. Alcance del derecho a la no autoincriminación..... | 1170 |
| 10.5. ¿El juramento que se toma al acusado en su declaración afecta el derecho de no autoincriminarse?..... | 1185 |
| 10.6. La declaración del acusado en su propio juicio | 1191 |
| 10.7. Prohibiciones sustantivas y probatorias que protegen el derecho de no autoincriminación | 1194 |
| 10.8. El valor probatorio de las actas que firma el sindicado y el derecho de no autoincriminación | 1201 |
| 10.9. El caso de una servidora pública implicada en una presunta conducta punible y la aplicación del artículo 33 de la Carta Política de 1991 para absolverla de responsabilidad penal | 1206 |
| 10.10. Valoración de las manifestaciones espontáneas del capturado a la Policía Judicial | 1212 |
| 10.11. Derecho a no autoincriminarse | 1213 |
| 10.12. Reglas para el recaudo de la prueba de la identificación e individualización del indiciado, de cara al privilegio contra la autoincriminación | 1215 |