

La exclusión de “prueba inauténtica” en la audiencia de tutela de derechos



BENJI ESPINOZA RAMOS

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.
Máster en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres.
Estudios de Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Washington College of Law-American University (Estados Unidos).
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar del Fuero Militar Policial.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La audiencia de tutela de derechos:
 1. Definición;
 2. Fundamento constitucional de la audiencia de tutela de derechos: la tutela judicial urgente;
 3. Características:
 - 3.1. Legitimidad activa restringida;
 - 3.2. De aplicación subsidiaria o residual;
 - 3.3. Se activa únicamente frente a violaciones consumadas a los derechos del imputado;
 - 3.4. Es un remedio intraprocesal más efectivo que un proceso constitucional;
 - 3.5. Opera frente a violaciones de derechos ocurridas en la investigación preparatoria.
 4. ¿Qué NO se discute en una audiencia de tutela de derechos?;
 5. ¿Qué SÍ se discute en una audiencia de tutela de derechos?;
 6. Los casos especiales de la exclusión de prueba ilícita y del control de impresiones en la disposición de formalización de investigación preparatoria:
 - 6.1. La protección de la legitimidad probatoria a través de la audiencia de tutela de derechos;
 - 6.2. La protección de la imputación necesaria a través de la audiencia de tutela de derechos.
- III. La llamada prueba inauténtica:
 1. La cadena de custodia y su significado;
 2. La finalidad de la cadena de custodia;
 3. El concepto de “prueba inauténtica”;
 4. La cláusula de la exclusión;
 5. La exclusión de prueba inauténtica en la audiencia de tutela de derechos.



I. INTRODUCCIÓN

El sistema de enjuiciamiento criminal peruano, con el advenimiento del Código Procesal Penal de 2004 -vigente en gran parte del país y en el subsistema anticorrupción de Lima-, tiene como una de sus características más importantes el abandono de la escrituralidad y el paso a la oralidad, lo que significa la adopción de un sistema oral, aquél que tiene en las "audiencias" la metodología central para la toma de decisiones relevantes en el decurso del proceso penal. En ese sentido, la audiencia es concebida como una metodología para que las partes -requirente y opositora- entreguen información relevante o de alta calidad al juez, quien deberá tomar la decisión únicamente sobre la base de lo oído en la audiencia.

En ese orden de ideas, dentro de las audiencias de investigación preparatoria que nuestro Código reconoce -también conocidas en el derecho comparado como audiencias preliminares al juicio- destaca la audiencia de tutela de derechos, como mecanismo procesal por el cual se busca proteger los derechos del imputado cuando éstos han sido vulnerados por el fiscal o los agentes policiales. De ahí que en el presente trabajo -luego de una apretada síntesis de la definición de la audiencia de tutela, sus fundamentos y los derechos que comprenden su alcance- problematizamos sobre un aspecto importante en la audiencia de tutela que se resume en esta cuestión: ¿puede, en una audiencia de tutela de derechos, excluirse prueba inauténtica? En otras palabras, cuando se afecta la cadena de custodia y se ciernen dudas sobre la autenticidad de la evidencia, ¿puede ésta excluirse en la etapa de investigación preparatoria a través del recurso a la tutela de derechos? En las siguientes líneas encontrarán nuestra posición afirmativa sobre esta cuestión.

II. LA AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS

1. Definición

Es aquella acción o mecanismo procesal¹ que sirve para proteger los derechos del imputado frente a los actos arbitrarios cometidos por el fiscal o los agentes policiales. Tiene por finalidad la reparación de los derechos vulnerados al encausado, en punto a asegurar una auténtica igualdad de armas que le brinde al imputado los mismos medios de ataque y defensa de que dispone el Ministerio Público. Desde ese punto de vista, la tutela de derechos vendría a ser un mecanismo de garantía y equilibrio en el proceso penal, ya que si bien se le reconoce al fiscal el señorío y la dirección de la investigación, empero no se le reconoce un poder autárquico donde pueda actuar desconociendo los derechos del sujeto pasivo del proceso penal.

El artículo 71, inciso 4, del Código Procesal Penal regula esta audiencia en los siguientes términos:

"cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan."

2. Fundamento constitucional de la audiencia de tutela de derechos: la tutela judicial urgente

El artículo 139, inciso 3, de nuestra Ley Fundamental reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, la misma que comprende el derecho de acceso al proceso, el derecho al recurso legalmente previsto y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Una manifesta-

1. La tutela no es un proceso, sino una acción de reacción a la amenaza o violación de un derecho fundamental. CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de la acción de tutela*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1994, p. 69.

ción de este importante derecho procesal es la "tutela judicial urgente", aquella que opera cuando existe una violación a los derechos de la persona, cuyo restablecimiento y restitución necesita ser realizada con urgencia, brevedad, esto es, lo que se quiere es que cese la violación al derecho en el menor tiempo posible. En esa dirección militan las disposiciones del Pacto de Nueva York y el Pacto de San José, que en sus artículos 2, inciso 3, literal a)² y 25, inciso 1³, respectivamente consagran este derecho al mencionar un recurso "sencillo, rápido y efectivo" que ampare a la persona lesionada en sus derechos, características que presenta la acción de tutela penal.

Estas tres disposiciones en conjunto -la de nuestra Carta Magna y las de los tratados de derechos humanos- constituyen el fundamento constitucional de la existencia de una audiencia de tutela de derechos al interior del proceso penal, hecho que es histórico y sin precedentes en su reconocimiento en la legislación nacional.

3. Características

La audiencia de tutela de derechos es un instrumento procesal que presenta determinadas características que la distinguen de las demás audiencias en la investigación preparatoria.

3.1. Legitimidad activa restringida

La audiencia de tutela de derechos ha sido concebida como un mecanismo que tiene como único beneficiario al imputado, por lo que solo éste puede incoar una solicitud de tutela. De ese modo, queda descartado que el agraviado⁴ o el fiscal planteen a su favor tutela, de presentarse una solicitud así el juez tendría que rechazarla liminarmente.

3.2. De aplicación subsidiaria o residual

Esta naturaleza parece ser extraída de la acción de tutela colombiana que tiene naturaleza subsidiaria, esto es:

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"Artículo 2.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades (...) hayan sido violados podrá interponer un RECURSO EFECTIVO (...)."

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

"Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un RECURSO SENCILLO y RÁPIDO o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)."

4. Es de notar que en los tiempos que corren, en la doctrina se habla de una participación más amplia de la víctima en el proceso penal. Así, "(...) el derecho penal del Estado no es ya, a diferencia del derecho penal primitivo, una relación entre delincuentes y víctima. Actualmente, la víctima está neutralizada y en lugar de la compensación y el acuerdo, entre el lesionador y lesionado, aparece la acción penal pública. Las posibilidades de la víctima de intervenir en el proceso penal son muy reducidas (...)". HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminalología y al derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 29.

"[A] diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que en todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal," ESER, Albin, "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal". En MAIER, Julio B.J. (compilador), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 16.

"(...) [S]e muestra hoy la necesidad de incluir a la 'víctima' dentro del amplio marco del 'sistema penal', comprensivo, por lo pronto, del derecho penal de fondo y del procesal penal". BERTOLINO, Pedro, "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina". BERMÚDEZ, Víctor Hugo y otros. *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 5.

"(...) la regla general de procedencia de la acción de tutela indica que cuando se da la violación o amenaza de un derecho fundamental, y el titular del derecho violado o amenazado cuenta con un medio de defensa judicial diferente a la tutela, ha de preferirse ese otro medio de defensa (...)."⁵

Así, la Corte Suprema ha establecido que solo pueden conocerse, vía audiencia de tutela, los reclamos que no tengan protección en una vía propia que reconozca el Código Procesal, esto es, si las violaciones a derechos tienen un mecanismo de protección que la ley les reconoce entonces tendrán que acudir a ellos. La tutela, en este respecto, es un instrumento residual, subsidiario, al que hay que acudir solo cuando no hay otro medio para proteger los derechos del investigado⁶.

Así, por ejemplo, si un fiscal se excede en el plazo de las diligencias preliminares o la investigación preparatoria formalizada vulnerando el derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable del imputado, entonces se habilita la audiencia de control de plazo; así también, cuando una intervención corporal o una intervención a las comunicaciones es realizada contraviniendo el procedimiento que el Código prescribe, entonces el imputado tendrá que acudir al reexamen. En estos casos de afectaciones al plazo razonable o a la legalidad procesal, como el Código reconoce un camino o vía propia para cautelar estos derechos, no cabe acudir a la acción de tutela penal, ya que esta es residual.

3.3. Se activa únicamente frente a violaciones consumadas a los derechos del imputado

La acción de tutela actúa *ex post facto* de las afectaciones a los derechos del imputado o, si se quiere, solo se activa frente a violaciones consumadas, a actos concretos de violación, no frente a amenazas, a potenciales ataques. Esto precisamente es un aspecto que la distingue de los procesos constitucionales subjetivos que proceden en defensa, incluso, de amenazas ciertas e inminentes a los derechos fundamentales.

Así, al interpretar el espectro de la audiencia de tutela, la Corte Suprema ha establecido que la tutela "(...) debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado"⁷.

3.4. Es un remedio intraprocesal más efectivo que un proceso constitucional

No se necesita acudir al remedio extraprocesal del hábeas corpus o el amparo, ya que se cuenta con uno propio en el proceso penal.

En la práctica, la audiencia de tutela resulta siendo, por su brevedad, un mecanismo más efectivo que un proceso constitucional de hábeas corpus⁸ o amparo. No debe perderse de vista que la tutela nace, a partir del bloque de constitucionalidad antes mencionado, como un recurso que tiene tres características: sencillez, rapidez y eficacia.

5. VELÁSQUEZ, Jorge, Esiquio MANUEL y H. SÁNCHEZ. *Casación, revisión y tutela en materia penal*. Santa Fe de Bogotá: Ibáñez, 1995, p. 136. En el mismo sentido, vid.: TAPIAS SERNA, Eduardo y Pedro CAPACHO PABÓN. *La acción de tutela frente a las sentencias de casación en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 7.
6. Acuerdo Plenario N° 4-2010. *Audiencia de tutela*. 16 de noviembre de 2010, Fundamento Jurídico 13, segundo párrafo.
7. Acuerdo Plenario N° 4-2010. *Audiencia de tutela*. 16 de noviembre de 2010, Fundamento Jurídico 12.
8. "(...) Como puede apreciarse, es un mecanismo más que procesal, de índole constitucional, que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus." ALVA FLORIAN, César. "La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004". *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, mayo de 2010, tomo 11, p. 15.

3.5. Opera frente a violaciones de derechos ocurridas en la investigación preparatoria

El mecanismo de tutela de derechos ha sido concebido por el legislador exclusiva y excluyentemente para lesiones a derechos del imputado que tengan ocurrencia en la primera etapa del proceso penal común, esto es, la investigación preparatoria, tanto en su subfase de diligencias preliminares cuanto en su subetapa de investigación preparatoria formalizada. Así, no puede plantearse una acción de tutela en la etapa intermedia o en la etapa de juzgamiento⁹ porque la oportunidad procesal para plantearla ya habría precluido.

4. ¿Qué NO se discute en una audiencia de tutela de derechos?

En una audiencia de tutela de derechos, por quedar extramuros de su objeto, no se discute ni se cuestiona¹⁰:

- La tipicidad o atipicidad de la conducta (para ello se podrá plantear una excepción de improcedencia de acción o se esperará al juicio para plantear este cuestionamiento).
- El exceso del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (para ello existe la audiencia de control de plazo).
- La conducencia y pertinencia de los medios de prueba ofrecidos (para ello se ha consagrado la audiencia preliminar de la etapa intermedia).
- La inadmisión fiscal de diligencias sumariales propuestas por la defensa (se procede en una audiencia específica diferente de la tutela).

- El grado de intervención del imputado en los hechos (es un examen de responsabilidad que no corresponde a esta audiencia preliminar).

5. ¿Qué SÍ se discute en una audiencia de tutela de derechos?

La audiencia de tutela tiene por objeto discutir si hubo violación consumada a uno de los quince derechos que conforman su contenido de protección, y si es así ordenar -a través de medidas reparadoras, protectivas o de otra índole- restablecer la situación al estado inmediato anterior a la violación producida. De ese modo, los derechos que se protegen al interior de la audiencia de tutela son:

- (i) Derecho a conocer los cargos;
- (ii) Derecho al conocimiento de las causas de la detención;
- (iii) Derecho a la entrega de la orden de detención girada;
- (iv) Derecho a designar a una persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto;
- (v) Derecho a realizar una llamada, en caso se encuentre detenido;
- (vi) Derecho a la defensa permanente por un abogado;
- (vii) Derecho a la comunicación privada con su abogado defensor;
- (viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria;
- (ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso;
- (x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad;
- (xi) No sufrir restricciones ilegales;

9. Tampoco puede activarse en etapa impugnatoria o en etapa de ejecución de sentencia. Vid.: VERAPINTO MARQUEZ, Otto Santiago. "La tutela de derechos del imputado en el nuevo Código Procesal Penal". *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, tomo 131, agosto de 2009, p. 247.

10. Eventualmente, si se cuestionara un aspecto que no es propio de la audiencia de tutela, el Ministerio Público podría pedir el rechazo liminar de la solicitud de tutela o, si se lleva a cabo la audiencia, podría plantear objeciones como mecanismos de disconformidad de la incorrecta sustanciación de la audiencia.

- (xii) Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera;
- (xiii) Abstención de declarar o declaración voluntaria;
- (xiv) Derecho a la legitimidad probatoria;
- (xv) Imputación necesaria.

6. Los casos especiales de la exclusión de prueba ilícita y del control de imprecisiones en la disposición de formalización de investigación preparatoria

6.1. La protección de la legitimidad probatoria a través de la audiencia de tutela de derechos

Si pasamos revista al contenido del artículo 71 del Código Procesal paramos mientes en que, a través de la audiencia de tutela de derechos, no se puede excluir la prueba ilícita; es decir, aquella obtenida con violación de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, por vía pretoriana, la Corte Suprema ha establecido en el *Acuerdo Plenario 4-2010* que sí se puede excluir evidencia ilícita en el marco de la acción de tutela. Así, han dicho nuestros jueces supremos que:

"(...) a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente -en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71 NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba (...)."¹¹

El fundamento de la exclusión de la evidencia ilegítimamente obtenida tiene fundamento en el *derecho a la legitimidad probatoria*. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que existe un derecho constitucional a la prueba, el mismo que es manifestación implícita del derecho al debido proceso¹². En esa línea, el propio colegiado constitucional ha afirmado que este derecho no es absoluto, admite limitaciones en su ejercicio, y uno de estos límites es precisamente la legitimidad probatoria.

En suma, la importancia de este acuerdo plenario descansa en que por vez primera en el proceso penal se puede excluir prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria a través de la audiencia de tutela, y no se tiene que esperar hasta la etapa intermedia para excluirla o hasta el momento de la deliberación para inutilizarla.

6.2. La protección de la imputación necesaria a través de la audiencia de tutela de derechos

La posición de la Corte Suprema ha sido ambivalente en este respecto. Al inicio la Corte Suprema consideraba que no podía cuestionarse, en una audiencia de tutela, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Su criterio era que "la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulneren algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar

11. Acuerdo Plenario N° 4-2010. *Audiencia de tutela*, 16 de noviembre de 2010, Fundamento Jurídico 17.

12. STC. Exp. 6712-2005-HC/TC. *Caso Magaly Medina y Ney Guerrero Orellana*.

un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación"¹³.

Sin embargo, luego ha cambiado de criterio, porque en el *Acuerdo Plenario 2-2012*, la Corte Suprema ha establecido que en una audiencia de tutela de derechos, excepcionalmente, y siempre que se busque atacar únicamente la descripción fáctica, el relato de los hechos, puede cuestionarse la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria¹⁴, todo ello en resguardo de la garantía de la imputación necesaria¹⁵, proyección del derecho de defensa.

III. LA LLAMADA PRUEBA INAUTÉNTICA

1. La cadena de custodia y su significado

El Código Procesal Penal no contiene una definición de lo que significa la cadena de custodia, sin embargo hallamos una norma de carácter remisivo, como lo es el artículo 220, inciso 5, donde se menciona que, "(...) a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, [la fiscalía] dictará el reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia (...)". Como consecuencia de esta remisión, la Fiscalía de la Nación -vía la Resolución 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006- aprobó el "Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados", en cuyo artículo 7 se define a la cadena de custodia en los siguientes términos:

"Es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y

preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso."

En ese contexto, la cadena de custodia es todo un conjunto de procedimientos de seguridad, destinados principalmente a garantizar que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo que estaba en el lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía. Los elementos de conocimiento deben protegerse, evitar su contaminación¹⁶, porque en su momento servirán como pruebas de cargo o de descargo a favor o en contra el imputado, de ahí que debe preservarse su integridad.

De ese modo, la cadena de custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la investigación preparatoria, y concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final.

2. La finalidad de la cadena de custodia

Conforme al artículo 2 del Reglamento de Cadena de Custodia anotado, la finalidad de la cadena de custodia es "(...) garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible (...)". En efecto, la cadena

13. Acuerdo Plenario N° 4-2010. *Audiencia de tutela*, 16 de noviembre de 2010, Fundamento Jurídico 18.

14. Acuerdo Plenario N° 2-2012. *Audiencia de tutela e imputación suficiente*, 26 de marzo de 2012, Fundamento Jurídico 11.

15. A mayor abundamiento, véase el trabajo de ESPINOZA GOYENA, Julio César. "¿Es posible y conveniente una audiencia de tutela para controlar la observancia del principio de imputación necesaria en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria?"

Consulta en: <www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=384>.

16. En la doctrina se habla de evitar la contaminación cruzada, con material biológico humano, microbiológico y químico. PUERTA LEON, Heriberto. *La investigación criminal en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer, 2009, pp. 103 y 104.

de custodia tiene como objeto demostrar que las muestras y objetos analizados, en cualquier tiempo, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos¹⁷. Por ello, es que la finalidad de la cadena de custodia no es otra que garantizar el principio de autenticidad, originalidad, integridad o, si se quiere, mismidad de la evidencia, *id est*, que la evidencia recogida en la escena de los hechos sea la misma que la que se incorpora a juicio como elemento de prueba.

3. El concepto de "prueba inauténtica"

En ese orden de ideas, la prueba inauténtica es aquella prueba en cuyo recojo, aseguramiento, fijación, traslado o destino se ha irrespetado el procedimiento de cadena de custodia. La consecuencia de la inobservancia a la cadena de custodia es que contra la evidencia se ciernen dudas sobre su legitimidad, sobre su autenticidad, se pone en entredicho su integridad, y ello ocasiona que se hable de prueba que no es auténtica, en suma, prueba inauténtica.

4. La cláusula de la exclusión

La cláusula de exclusión básicamente supone la inadmisión, el rechazo o exclusión de pruebas que se construyen, obtienen o tratan con irrespeto de principios, garantías o derechos constitucionales. Por ello, con acierto la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense ha establecido que la regla de exclusión no es un derecho individual, sino que constituye un remedio de creación judicial para evitar que los agentes del gobierno infrinjan los derechos constitucionales¹⁸. De ahí que el fundamento de esta solución procesal descansa en que "(...) se busca preservar a las personas de los desmanes que puedan cometer las autoridades estatales a la hora de buscar u obtener pruebas judiciales"¹⁹.

5. La exclusión de prueba inauténtica en la audiencia de tutela de derechos

A partir de todas estas consideraciones, nuestra posición es que en una audiencia de tutela de derechos debe excluirse no solo la prueba ilícita -aquella obtenida con lesión de los derechos fundamentales de la persona-, sino también la prueba inauténtica, aquella donde se ha irrespetado la cadena de custodia y se cuestiona, antes que la violación a un derecho, la autenticidad de la prueba en sí misma. Dos son las razones que sustentan nuestra postura: el principio de legitimidad probatoria y el criterio de racionalidad en la administración de justicia.

En cuanto al primer fundamento, el nuevo proceso penal descansa sobre la idea de que solo puede incorporarse o valorarse prueba que es legítima, esa es la razón por la cual el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal reconoce el principio de legitimidad probatoria como criterio de interpretación prevaleciente. Esa es la razón, también, por la cual se excluye la prueba ilícita. Apoyados en la misma razón, debe excluirse y rechazarse la prueba inauténtica vía tutela penal, porque también resulta ser una prueba ilegítima en tanto que es un elemento de conocimiento que no tiene garantía de autenticidad, se duda sobre su originalidad e integridad. De ahí que el proceso penal del Estado Constitucional de Derecho debe cumplir con sus mandatos y, en respeto a los derechos del imputado, la prueba inauténtica debe correr la misma suerte que la prueba ilícita: debe ser arrojada del proceso penal, quedar fuera de éste, y la solución procesal a la que se echa mano es la exclusión.

En lo concerniente al segundo fundamento, el nuevo proceso penal busca avanzar más rápido y mejor, y para ello deben implementarse pro-

17. ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío. *Cadena de custodia en Criminalística*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, p. 1.

18. PINTO, Ricardo. *La investigación penal y las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2009, pp. 288 y 289.

19. LIZCANO BEJARANO, Jesús Eduardo. *La cláusula de exclusión*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012, p. 21.

cedimentalmente mecanismos que coadyuven a una justicia célere que ahorre tiempo y recursos. En ese sentido, nuestra posición de excluir prueba inauténtica en la etapa de investigación preparatoria vía la audiencia de tutela se refuerza en el hecho de que no se debe esperar a la etapa intermedia -audiencia de proposición de pruebas- o al juicio, para excluir o inutilizar la prueba vedada constitucionalmente. Porque si se puede excluir en una etapa temprana del proceso una prueba que finalmente va a ser expulsada, estamos racionalizando nuestro

sistema de justicia penal, lo contrario supondría una condena al uso insensato de recursos e insumos estatales que pueden ahorrarse con esta importante solución procesal.

Por esas razones, y como un primer ensayo sobre este aspecto problemático de una de las audiencias de la investigación del nuevo proceso penal, dejo planteada mi posición y espero que ésta sirva para espolpear el debate y la reflexión sobre este tema que tiene gran importancia práctica.

