

La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria¹

Staging and manipulation of a crime scene: valuation and evidentiary exclusion

Wilford Holmedo Buitrago Gómez²

Román Francisco Téllez Navarro³

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2014

Fecha de aprobación: 17 de agosto de 2014

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar la importancia de la escena del delito como insumo principal del acervo probatorio con el que el juez tomará la decisión sobre un caso en particular. La escena del delito debe permanecer incólume para que pueda brindar evidencias y pistas con el único objetivo de llegar a la verdad. Para ello es necesario establecer la responsabilidad de quien llega primero a la escena de los hechos, qué debe hacerse con esta, y cómo debe guardar la fotografía de la escena en cuestión, de manera que los investigadores puedan reproducir el pasado. Por tal razón, se trata de elementos esenciales para determinar realmente qué fue lo que sucedió.

Es por lo anterior que en el presente artículo se busca establecer qué es la escena del delito. Al respecto, vale la pena aclarar que no toda escena de un hecho puede llegar a ser delictual. También es necesario determinar en qué radica la importancia de la escena delictiva, cuáles son los protocolos y procedimientos para su conservación, quién es el primer respondiente y

1 El presente artículo es producción académica del proyecto de investigación por el cual sus autores obtuvieron el título de magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar de Colombia.

2 Abogado de la Universidad Inca de Colombia, especialista en Derecho Penal de la Universidad Católica de Colombia, magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Fiscal Único de anticorrupción para Bogotá. Correo Electrónico: wilfordholmedo.buitrago@gmail.com

3 Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Constitucional de la misma Universidad, magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente Fundación Politécnico Gran Colombiano. Correo electrónico: romantellez@gmail.com

cómo se estarían infringiendo las normas penales si dicha escena se llegase a manipular. Para este último punto se toma como ejemplo un caso de la vida real, el tan publicitado caso de la presunta la alteración de la escena del crimen en el homicidio del «grafitero».

Actualmente, en el país no se ha proferido sentencia alguna por la comisión de este tipo penal, por lo anterior, el presente escrito observará los pormenores de la valoración y la exclusión e incorporación probatoria, teniendo en cuenta las particularidades del tipo penal.

Palabras clave: escenificación, escena del delito, primer respondiente, valoración probatoria, exclusión probatoria.

ABSTRACT

By legal mandate, the Criminal Judge of Knowledge must support their decisions on all the evidence submitted in the process, among other principles, respect for the principle of consistency, however, this principle and others may be altered in the process by handling who makes the first respondent, individual or individuals, called to ensure the scene of the fact that the circumstances of time and place mode, in which an alleged crime takes place, are intact.

The line with the above, constitutionally first responder function lies with the members of the security forces, which have the possibility of becoming, if necessary, on Judicial Police, particularly members of the National Police. For these, the goals, objectives and responsibility within their role in the state, are referred to in Articles 2, 6 and 218 of the Constitution of Colombia, and that despite this, ie, to have clear rules and adequate preparation, some members of this body of police, have been involved in behaviors that transgress the primary objective of maintaining indelible crime scene.

These situations, the community has generated mistrust of justice, do not believe the police organization, unaware of the effectiveness of it and consider this act, as a new form of false positive, urban, and where relevant and highly known to the public, where possible, having the obligation to secure the scene of the crime, involved in the alteration thereof.

Keywords: Staging, Crime Scene, First Responder, probation rating, Exclusion Probation.

INTRODUCCIÓN

Por mandato legal, los jueces deben sustentar sus fallos en el acervo probatorio entregado dentro del proceso. Esto implica respeto, entre otros principios, al de legalidad, debido proceso y congruencia. Sin embargo, estos principios pueden verse alterados dentro del proceso por la manipulación que realiza el primer respondiente, individuo o individuos llamado(s) a garantizar la preservación de la escena del hecho para que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla un presunto delito se mantengan intactas.

En consonancia con lo anterior, la problemática que se plantea en el caso en estudio es la función constitucionalmente consagrada para el primer respondiente, la cual recae en los miembros de la fuerza pública, que llegado el caso tenga la posibilidad de convertirse en Policía Judicial, en especial los miembros de la Policía Nacional. Para este personal, los fines, los objetivos y la responsabilidad según su rol en el Estado están contemplados en los artículos 2, 6 y 218 de la Constitución Política de Colombia. No obstante, a pesar de tener normas claras y preparación suficiente, algunos miembros de este cuerpo policial se han visto involucrados en conductas que transgreden el objetivo fundamental de mantener la escena del crimen indeleble y de establecer, a partir de la implantación de elementos que no se encontraban en la escena, cómo debe darse la exclusión o la incorporación de dicho material probatorio, llegado el caso.

Estas situaciones generan, de parte de la comunidad, desconfianza en la justicia, falta de credibilidad en la organización policial, desconocimiento de la efectividad de esta Institución y el considerar esta manera de actuar como una nueva forma de falso positivo de carácter urbano, como en los casos relevantes y altamente conocidos por la opinión pública, en los que posiblemente quien tiene la obligación de asegurar la escena del delito participa en la alteración de esta.

Actualmente es muy sonado el caso del «grafitero» asesinado, caso en el que se presume la posible manipulación de la escena del delito por parte de miembros de la Policía Nacional, presuntamente auspiciados y ordenados por sus superiores, que involucran no solo a la base de la estructura piramidal de ese cuerpo, sino a oficiales del más

alto rango y nivel, así como también a profesionales del derecho. Estos últimos, desconociendo el valor ético de su profesión, recomendaron desplegar conductas delictivas con la finalidad de salir avante en el proceso, tratando de poner dentro de los parámetros legales aquello que no se puede verter sobre la normatividad.

Tomando como ejemplo de estudio el caso del «grafitero», que se encuentra en etapa de juicio y por el cual hay varias personas privadas de la libertad (oficiales, suboficiales y demás ciudadanos), con el presente artículo se busca establecer la forma en que debe desarrollarse la valoración probatoria en delitos tales como la manipulación de la escena del delito por parte del primer respondiente, teniendo en cuenta que hasta la fecha, en Colombia no se ha producido fallo condenatorio alguno por este tipo de delito. Igualmente, se pretende establecer una base doctrinal sobre la responsabilidad del primer respondiente, a partir de una aproximación a lo que el primer respondiente significa. Finalmente, se desea explicar cómo se debe incorporar un elemento material probatorio que para un hecho determinado debe ser excluido, pero que para otro debe ser anexado.

El desarrollo metodológico de esta investigación se centra en la metodología descriptiva y analítica porque permite establecer la importancia de la escena del delito, el respeto por las formas y procedimiento establecidos para su preservación, las consecuencias de su alteración y la valoración del material probatorio recaudado a partir de la incorporación y exclusión de elementos materiales probatorios.

Para el presente artículo se tomaron varios métodos de investigación, como el analítico deductivo, el histórico y el comparativo, partiendo de la revisión legal, bibliográfica y jurisprudencial.

MUERTE DEL GRAFITERO

El 19 de agosto de 2011, mientras en Colombia se llevaba a cabo el Mundial de Fútbol Sub-20, Diego Felipe Becerra, un joven de tan solo 16 años, era presuntamente asesinado por un miembro activo de la Policía Nacional después de que aquel realizara un grafiti en un muro al norte de Bogotá.

De acuerdo con lo señalado por la Fiscalía General de la Nación, el joven Diego Felipe Becerra Lizarazo se encontraba, junto con otros compañeros, elaborando un grafiti en el costado occidental del puente ubicado en la calle 116 con avenida Boyacá. Ante la presunta llamada realizada a la línea 123 (línea de emergencia de Bogotá) por el posible hurto de un vehículo de transporte público, una patrulla de policía que se hallaba por el sector acudió a dicho llamado. La Policía se encontró con los jóvenes y los interceptó; estos emprendieron la huida al percatarse de la presencia policial, circunstancia que hizo que un miembro de la policía bajara de su patrulla e iniciara la persecución de los artistas callejeros. El patrullero realizó un disparo al aire, pero los jóvenes no se detuvieron con dicha advertencia, de manera que la persecución continuó.

El uniformado intersectó al primer joven, quien fue requisado y a quien no se le encontraron armas o artefactos que generaran alguna peligrosidad. Entretanto, Diego Felipe Becerra Lizarazo, quien se encontraba escondido detrás de un arbusto, salió de su refugio y fue inmovilizado por el patrullero. En un momento indeterminado, cuando el joven se percató de un descuido momentáneo del uniformado, reinició su carrera para no ser atrapado. La situación terminó con la muerte del joven Becerra a causa de un disparo que recibió por la espalda. Así lo registra la Fiscalía General de la Nación en el escrito de formulación de acusación:

(...) seguidamente se dirige hacia DIEGO FELIPE BECERRA, quien se ocultaba detrás de un árbol y ante las manifestaciones de un vigilante del sector, señor ÁLVARO CARRETERO, quien le dice al hoy occiso, que salga que ya lo “pillaron”, este sale del lugar de su escondite, procediendo el PT. WILMER ALARCÓN a detenerlo. En un momento determinado, cuando el PT. ALARCÓN VARGAS mira hacia atrás para ver en dónde viene el otro joven, al cual, al parecer, lo acompañaba el vigilante, decide DIEGO FELIPE BECERRA emprender nuevamente la huida, razón por la cual el señor patrullero sale detrás de él y a corta distancia acciona el arma de fuego oficial que portaba, impactándolo por la espalda, lo que provoca su caída al suelo ante el impacto del proyectil, quedando gravemente herido. Al encontrarse en ese sitio el policial sin asistencia de otro compañero, decide parar un rodante que conducía un ciudadano que pasaba por el lugar para que le prestara su

colaboración, trasladando al herido a un centro asistencial, más exactamente a la Clínica Shaio, en donde infortunadamente fallece el menor BECERRA LIZARAZO por la gravedad de la herida causada por proyectil de arma de fuego [sic]. Teoría del caso, Fiscalía 295, Seccional Única Anticorrupción de Bogotá (Audencia de formalización de acusación el 20 de junio de 2013).

Este hecho, no pasó desapercibido para los medios de comunicación. Muchos reportaron la noticia de la muerte de Diego Felipe Becerra y han seguido de cerca el avance del proceso. Luego de su muerte, el periódico *El Tiempo* señaló:

Aunque siguen siendo un enigma las circunstancias en las que murió Diego Felipe Becerra, de 16 años, el fin de semana, lo que sí está claro y amenaza con armar una fuerte polémica es que un efectivo de la Policía disparó contra el joven (*El Tiempo*, agosto de 2011).

Para la Policía Nacional, los hechos fueron distintos: se trató de una serie de sucesos concatenados que llevaron a que el patrullero accionara su arma de fuego, pues se había recibido una llamada a la línea 123, en la cual se reportó el atraco de un vehículo de servicio público, al parecer por un grupo de jóvenes, dentro de los cuales presuntamente estaba el occiso, argumentaciones que fueron reproducidas por la revista *Semana* así:

Según la versión oficial de la Policía, esa noche el patrullero Wilmar Alarcón había sido notificado de que varias personas habían atracado una buseta. Mientras hacía su ronda por la calle 116 con avenida Boyacá, el uniformado afirmó que había visto a un grupo de jóvenes cerca de un puente, que le parecieron sospechosos como posibles responsables del supuesto asalto. Dijo que tras ordenarles detenerse varios escaparon y él persiguió a uno de ellos, el joven Becerra. Según la versión policial, el adolescente abrió fuego contra el patrullero, quien en defensa propia disparó en dos oportunidades e hirió mortalmente al joven. En el lugar donde cayó Becerra apareció el arma que supuestamente tenía el grafitero [sic] (*Semana*, febrero de 2013).

Sin embargo, la versión de la Policía no era cierta para la Fiscalía, por el contrario, en el proceso de investigación se encontraron varias inconsistencias, sobre todo en

las versiones dadas por los miembros del cuerpo de Policía, no solo plasmadas por el ente investigador, sino por la revista *Semana*:

El dictamen forense de Medicina Legal derribó otra de las piezas de la versión oficial. En la necropsia al cuerpo del joven Becerra se descubrió que había recibido dos impactos de bala por la espalda. Esto quiere decir que no era cierta la versión del patrullero Díaz ni de la Policía, quienes afirmaron que el adolescente giró para dispararle al policía que lo perseguía. El mismo examen descubrió algo no menos revelador. En las manos del grafitero no había rastros de pólvora, lo que quiere decir que nunca disparó un arma. En su lugar, tenía rastros de pintura, lo que ratificaba la versión de que momentos antes de morir estaba pintando grafitis en la base del puente, como afirmaron desde el comienzo los tres amigos que lo acompañaban esa noche (Ibíd.).

Para el órgano investigador, la escena del delito fue manipulada con la anuencia y recomendación de, entre otros, un abogado asesor de la Policía Nacional que actualmente se encuentra privado de la libertad, esperando las resultados del proceso que se inició en su contra. Al parecer, dicha encomienda se encaminó a la incorporación de objetos en la escena del hecho que no se encontraban en esta, específicamente un arma de fuego que para el momento en que se le ocasionaron las lesiones a Diego Felipe Becerra no existió en el lugar. Según la versión policial, Diego Felipe, hipotéticamente formaba parte de una banda delincuencia que había atracado un bus de servicio público, y los disparos realizados por el patrullero obedecieron a la reacción, defensa del agente, con el fin de proteger su propia vida e integridad, ya que, según lo afirmado por la Policía, el joven había disparado primero, situación que fue desvirtuada por los cotejos técnicos y que está plasmada en el escrito de acusación así:

Que practicada la prueba de residuos de disparo en las manos del occiso, esta arrojó resultado negativo para la prueba de absorción atómica, que lo encontrado en las manos del joven DIEGO FELIPE BECERRA fueron trazas de pintura que resultaron concordantes con la pintura de los espráis que portaba la víctima al momento de los hechos, los cuales se recogieron como elementos materiales probatorios, de igual manera esta pintura ante estudio de laboratorio resultó afín con la pintura de los grafitis que se ubicaron cerca

del lugar de los hechos y que realizara la víctima en su actividad cotidiana de elaboración de grafitis en el sector, tampoco se encontró en el arma de fuego sembrada en la escena, trazas de la pintura por transferencia de las manos del occiso a dicha arma, si fuera verdad que este la portaba y la utilizó en contra del policial, en otras palabras, que el joven DIEGO FELIPE BECERRA no estaba participando de ningún atraco a un bus [sic]... (Escrito de acusación Fiscalía 295, Seccional Única Anticorrupción para Bogotá).

Como se evidencia, para la Fiscalía era indudable que Diego Felipe no formaba parte del supuesto grupo delincuencial que atracó un bus de servicio público; tampoco era cierto que el occiso hubiera portado un arma, y menos que la hubiera accionado en contra del agente de la Policía. La versión de la Fiscalía se basa en el dictamen de medicina legal, que, dicho sea de paso, estableció que la muerte de Diego Fernando Becerra fue producto de los disparos que le ocasionaron, realizados a muy corta distancia.

Por estos hechos, la Fiscalía General de la Nación, entre otros delitos, imputó el siguiente:

OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO, art. 454 B, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el art. 58 del C. P., numeral 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio y 10. Obrar en coparticipación criminal...

El citado delito se encuentra tipificado en el artículo 454 B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004, que al tenor literal reza:

Artículo 454 B. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años

y multa de doscientos (200) a cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Ley 599 del 2000).

La investigación continúa. Se han realizado varias capturas de oficiales, suboficiales de la Policía Nacional, civiles y otras personas que tuvieron incidencia en el manejo de la escena del delito y que posiblemente tuvieron responsabilidad en la alteración de la dicha escena; también de quienes adicionalmente colaboraron en la descripción del perfil criminal del menor. Aunado a lo anterior, actualmente el patrullero que ocasionó la muerte de Diego Fernando Becerra se encuentra con medida de aseguramiento, privado de la libertad.

La Fiscalía imputó diferentes delitos, de tal manera que el desarrollo del trabajo se centrará específicamente en la manipulación de la escena de los hechos, que llegado el caso podría convertir la escena del crimen en la escena de un ilícito penal, lo que tiene significaciones especiales para el derecho penal y, por qué no, constitucional.

LA ESCENA DEL DELITO

El término escena del delito fue acuñado por las ciencias criminalísticas en el siglo XIX, teniendo como premisa la presencia física del juez, quien realizaba la inspección ocular del sitio en el cual posiblemente se había cometido un delito. Como lo advierte Rodríguez (2009), este concepto fue adoptado por Hanns Gross en 1862, en su libro *Manual del juez de instrucción como sistema de criminalística*, cuando, al referirse a las funciones que ejercía el juez en la diligencia de inspección ocular, observaba:

Procedimiento de la Inspección Ocular (actividad propia de éste funcionario judicial) la denominada: “Descripción de la escena del delito que contenía como actividades fundamentales la descripción del ambiente próximo al cuerpo, la descripción de las ropas o lo que se encontró en ellas y la determinación de la data de la muerte como de la presencia de necróforos en el cadáver”; es decir, “ésta fue la concepción de HANNSS GROSS para lo que debía entenderse como escena del delito [sic] (Publicación del 30 de mayo de 2009, Blog spot).

Así las cosas, un sitio, un lugar o un espacio cerrado o abierto puede constituirse en un lugar donde se realiza un hecho punible, cuando de este se encuentren evidencias que conduzcan a concluir que posiblemente se ha cometido una infracción a la norma penal, es decir, cuando un ciudadano dotado de todas las capacidades cognitivas, racionales y mentales, por ende, imputable, conduce su propia voluntad a cometer una conducta punitiva, convirtiendo automáticamente la escena del hecho en la escena de un ilícito. Este lugar del hecho, de acuerdo con lo señalado por González (2011) –y teniendo como referencia la definición realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por medio de la Secretaría de Justicia y Asuntos Penitenciarios, Subsecretaría de Política Criminal de la República Argentina en el año 2004– «es el espacio físico en el que se ha producido un acontecimiento susceptible de una investigación científica criminal con el propósito de establecer su naturaleza y quiénes intervinieron» (p. 11).

En consonancia con la argumentación precedente, para la Policía Nacional de Colombia (2005), tratándose del derecho penal, el lugar de los hechos «es el espacio abierto o cerrado, mueble o inmueble, donde se cometió un presunto delito, incluyendo los alrededores, áreas adyacentes, lugares relacionados y rutas de escape» (p. 33).

Por lo anterior, uno de los factores de mayor importancia del lugar donde presuntamente se ha generado un hecho delictivo radica en que ese lugar se mantenga incólume, como si se hubiese congelado en el tiempo, para que esta fotografía pueda dar pistas, datos y elementos que produzcan certeza de lo que allí sucedió. Para Rodríguez (2011), el lugar del hecho «se caracteriza por contar con la presencia de elementos, rastros y/o indicios que puedan develar las circunstancias o características de lo allí ocurrido» (p. 11), entre otros aspectos, con la finalidad de establecer si se cometió un delito o, por el contrario, para que continúe siendo el lugar donde simplemente sucedió un mero hecho sin relevancia jurídica.

Es necesario, entonces, proteger los elementos tangibles e intangibles, indemnes para facilitar, entre otros aspectos, las labores de investigación. Asencio (2010) señala que «todo escenario de un crimen cuenta la historia de lo que allí ha sucedido» (párrafo primero), y aclara que si este se altera, se incurriría en una escenificación:

El ‘staging’ o escenificación se define como la organización de la escena del crimen por parte del autor. Cuando un delincuente “dispone” el escenario del crimen a su voluntad, puede deberse a dos motivos principales: que quiera desorientar a los investigadores, obstaculizando su tarea, o que quiera conmocionar a la persona que se encuentre el cuerpo de la víctima y a los investigadores del delito (párrafo quinto).

Una vez verificado que efectivamente existe una escena del delito, es necesario garantizar que esta no sea alterada, modificada o destruida, de manera que los rastros que se buscan mantener en la escena del delito, y que están compuestos por una serie de universos probatorios importantes para la investigación, no sean manipulados, modificados, alterados, destruidos, escondidos o que, por el contrario, sean adicionados otros con el fin entorpecer o desviar la labor de indagación e investigación, e inclusive generar impunidad.

Por otra parte, en Colombia, por mandato constitucional, la Fiscalía General de la Nación tiene la función de investigar los hechos punibles. Inicialmente y en su primigenia, este ente –de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política– estaba dotado de funciones jurisdiccionales bajo la egida de un sistema penal inquisitivo. En este tipo de sistema penal, los fiscales podían decretar órdenes de captura, interceptar llamadas y correspondencia, ordenar allanamientos y dictar medidas de aseguramiento. Enmarcándose en la escena del delito, el Fiscal tenía la función de describir las circunstancias reales en las cuales esta se encontraba.

Dentro de esta actividad, el funcionario redactaba un informe pormenorizado de los elementos espaciales encontrados, tales como condiciones de luminosidad y accesibilidad, características del sitio, si era una casa de familia, una oficina, un lugar abierto o cerrado, etc. De igual manera, identificaba, relacionaba y describía elementos encontrados en la escena, y ordenaba su traslado a los laboratorios correspondientes.

Mediante el Acto Legislativo n.º 003 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, se hizo el tránsito de un sistema inquisitivo escrito a un sistema oral con tendencia acusatoria o un sistema mixto. En el mismo

Acto Legislativo se suprimieron las funciones jurisdiccionales dadas a la Fiscalía General de la Nación, y en lo que concierne al manejo de la escena del crimen, se restringió la actividad de recopilación, detalle y cadena de custodia de la escena que tenía este ente investigador, tarea que le fue entregada a la Policía Judicial. Es decir, hubo un cambio evidente del primer respondiente.

Estas modificaciones conllevaron a que los aspectos probatorios cambiaran, en especial los debates sobre pruebas, pues, en vigencia del anterior sistema, es decir, bajo el amparo de la Ley 600 de 2000, las pruebas podían ser aportadas por todos los sujetos procesales y en cualquier etapa del proceso, inclusive en la etapa del juzgamiento, lo que podía generar dilaciones que quizá permitieran la modificación o alteración de la escena del delito, así como también de los elementos probatorios encontrados en esta. Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.º 003 de 2002 y con la nueva tendencia adversarial dada al sistema penal, el debate probatorio quedó relegado solo a la etapa de juicio, iniciando con el descubrimiento de los elementos probatorios desde la presentación del escrito de acusación.

Es así como en este sistema y en el desarrollo de la denominada audiencia preparatoria, los sujetos procesales deben enunciar los elementos materiales probatorios que harán valer en el juicio, así como también las solicitudes probatorias que corresponden a los requerimientos testimoniales, documentales, periciales y demás. El juez de conocimiento deberá pronunciarse sobre las solicitudes de los sujetos procesales, es decir, tanto la Fiscalía como la defensa, y eventualmente las solicitadas por las víctimas por intermedio de la Fiscalía bajo el amparo de la pertinencia, conducencia, utilidad y razonabilidad, y emitir sus decisiones sobre estas de acuerdo con los parámetros señalados. Dentro este aporte probatorio deben estar, entre otros, todos los elementos materiales recaudados en la escena del delito.

Es por este cambio de procedimiento que se afirma que la preservación de la escena del delito juega un papel preponderante dentro del proceso, tal como lo señala Alfonso Daza González (2007):

Por estas razones, el tema del manejo de la escena del delito y la cadena de custodia asumen mayor importancia, pues todo lo que se obtiene en la escena

y en los siguientes procedimientos por parte de la Fiscalía o la defensa –en los casos establecidos por la ley– debe ser incorporado en juicio para que se dicte sentencia... (p. 93).

No solo en lo procedimental cobra fuerza la preservación de la escena del delito, sino también en lo sustancial, teniendo en cuenta que el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, establece la alteración de la escena del delito como un tipo penal autónomo, descrito en el artículo 454 B, adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004.

Entonces, la importancia de mantener la escena del delito incólume radica esencialmente en que, por medio del primer respondiente en primera instancia, esta transmite al investigador una serie de informaciones que permiten recrear los sucesos que indague y que posteriormente pondrá en conocimiento del fiscal encargado del caso.

Cualquier modificación, alteración o supresión de un elemento material probatorio que deviene de la escena del delito desvía la investigación, permite construir hipótesis delictivas o supuestos fácticos errados y contrarios a la verdad de los hechos acaecidos, lo que necesariamente genera obstrucción en la labor investigativa. Lo anterior indica que cuando se permite o realiza una modificación de la escena de los hechos, nace otra adecuación típica de orden penal, activando nuevamente la labor investigativa de la Fiscalía para que esta construya o materialice unas conductas punibles diferentes y que no ocurrieron en la escena, y que llevadas a un marco jurídico pueden entorpecer la valoración probatoria del primer hecho punible y, por contera, violar varios principios del derecho penal, resquebrajando así la teoría del caso de la Fiscalía. Al respecto del delicado principio de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, Taruffo (2013) señala:

Antes que nada, hay que subrayar que en este contexto no se habla nunca de verdades absolutas, pese a que a veces parece que hacen referencia a estas –implícita o explícitamente– quienes niegan que en el ámbito del proceso se pueda comprobar la verdad de los hechos. De verdades absolutas hablan todavía unas pocas teorías metafísicas y algunas religiones fundamentalistas, y no se habla de ellas ni siquiera en el ámbito de las teorías de la ciencia, por

lo cual mucho menos se podría hablar de ellas en el proceso, así como no se puede hablar de ellas sensatamente en la experiencia cotidiana de quienes deben tomar decisiones basándose en la averiguación de la verdad de unos hechos determinados (p.25).

Así las cosas, en el caso de la escenificación y en la clara búsqueda de la verdad, ya no es un solo hecho el que se investiga, sino que son dos situaciones fácticas las que activan el poder investigativo de la Fiscalía: el primero corresponde al hecho efectivamente producido en la escena y el segundo corresponde a la manipulación, alteración o incorporación de elementos en dicha escena y, sobre todo, con qué finalidad se hizo.

Es por lo anterior que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009), en el manual titulado *La escena del delito y las pruebas materiales. Sensibilización del personal no forense sobre su importancia*, citando en su preámbulo a Paul Kirk (*Crime investigation*, John Wiley & Sons Canada, Limited, 1953), señala:

Allá por donde pise, todo lo que toque, todo lo que deje tras su paso, aun inconscientemente, servirá de prueba silenciosa sobre él. No solo sus huellas dactilares o las huellas de sus pisadas, sino también su cabello, la fibra de sus prendas de vestir, el vidrio que rompa, las marcas de las herramientas que utilice, los rasguños en la pintura, la sangre o el semen que deje o recoja, todos estos elementos, entre otros, serán testigos mudos contra él. Son pruebas que no olvidan. No se dejan confundir con la emoción del momento. Aunque no haya testigos humanos, ellas están ahí. Son pruebas concretas. Las pruebas materiales no pueden equivocarse ni pueden prestar falso testimonio, no pueden estar totalmente ausentes. Solo su interpretación puede ser errónea. Solo el hecho de que el ser humano no las encuentre, las estudie y las interprete debidamente puede mermar su valor (p.4).

En razón de lo expresado, no es desacertado pensar que la ciencia criminalística ya dejó de ser una disciplina anexa y/o ajena al derecho, pues inclusive con el nuevo sistema penal, la incorporación probatoria de los elementos encontrados en la escena

del delito, dentro del proceso penal, deben ser integrados por los profesionales de esta ciencia a partir de los testimonios rendidos por estos.

Por lo anterior, la teoría del caso dentro de una investigación técnica científica bajo la dirección del ente investigador, Ley 906 de 2004, constituye no solo el pilar del enrutamiento de la investigación, sino también la consolidación de la pretensión principal de la Fiscalía, como es la de llevar a los presuntos infractores de la ley penal ante los jueces competentes y que en un sistema adversarial, respetando la presunción de inocencia, sea proferido un fallo condenatorio con un grado de convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre los hechos y circunstancias materia de juicio y la responsabilidad penal del procesado.

EL PRIMER RESPONDIENTE

Con la incorporación de tipo penal consagrado en el artículo 454 B, adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004, se crean nuevas responsabilidades para las personas que llegan en un primer momento a la escena de un hecho. Dicha responsabilidad está dada al primer respondiente. El concepto ‘primer respondiente’, de conformidad con el texto *Escena del delito y cadena de custodia* (2007):

(...) ha surgido a través de la costumbre, sin que él se encuentre definido en la Constitución Política o en el Código de Procedimiento Penal. Se ha entendido que primer respondiente es la primera persona que tiene contacto con la escena del hecho (p. 34).

El primer respondiente es entonces cualquier persona que tenga presencia en el sitio de la ocurrencia de un hecho, sea este ilícito o no. Guarda una responsabilidad radicada en la abstención, es decir, tiene el deber de auxiliar y socorrer, llegado el caso, pero no de modificar o alterar la escena. Por lo anterior, se podría afirmar que eventualmente cualquier persona podría ser el primer respondiente, con las implicaciones legales que esto trae.

Esto no ocurre con ciertos funcionarios públicos, que además de tener la obligatoriedad de ser primeros respondientes, también con su intervención tienen vocación probatoria, es decir, no solo tienen la obligación de auxilio, sino de llevar al proceso lo ocurrido en el sitio.

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, se dieron nuevos rumbos dogmáticos a la nación, estableciendo una estructura orgánica al Estado y definiendo funciones especiales para cada uno de los órganos que lo componen. Dentro de esta estructura está la fuerza pública, que de conformidad con el artículo 216 de la Constitución, está conformada, de manera exclusiva, por las Fuerzas Militares –integradas por el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea–, y por la Policía Nacional, esta última como cuerpo civil armado.

La Constitución fijó funciones y roles especiales para la Policía Nacional, como se establece en el inciso segundo del artículo 218:

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Cuando se menciona el primer respondiente en materia penal, se debe entender como la primera autoridad, ya sea policial o judicial, que llega al lugar donde eventualmente se haya cometido un delito. Los funcionarios que llegan al sitio deben proteger, acordonar y asegurar el lugar; para ello deben tomar las medidas preventivas del caso, en cumplimiento de los protocolos mínimos, con el fin de garantizar que los rastros, huellas, vestigios, elementos materiales probatorios y evidencia física se mantengan intactos hasta que se realice la entrega al funcionario investigador. Lo anterior implica asegurar que la escena del hecho no se haya manipulado, que no se hayan adherido elementos extraños, no permitir la extracción de elementos o evidencia alguna del sitio ni la transferencia a la escena de otros elementos que puedan desviar la investigación.

El primer respondiente, entonces, debe ceñirse a los mandatos establecidos constitucional y legalmente, en especial los descritos en los artículos 2, 6 y 23 de la Constitución Política. Es necesario señalar que aunque existen manuales para la cadena de custodia, recolección de los elementos materiales probatorios e incluso para el manejo de la escena del delito, no hay manuales que fijen las funciones y, sobre todo, las responsabilidades y deberes que la autoridad que funge como primer respondiente debe cumplir. Amén de lo anterior, los miembros de la policía sí deben ejercer dicha función conforme con lo establecido en los principios rectores del procedimiento penal y los protocolos policiales diseñados para tal fin.

La Policía Nacional, por medio de su escuela de investigación criminal, se ha encargado de capacitar a los policiales de vigilancia, que por regla general actúan como primer respondiente, con las salvedades anteriores. Ya se dijo que toda autoridad, en virtud del artículo 2 de la Constitución Política, tiene la obligación de respetar y cumplir el mandato constitucional encaminado a asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, los cuales son determinados así:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principio, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecta y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Es así que por mandato constitucional, la Policía Nacional tiene una posición de garante agravada. Los servidores públicos, en general, la tienen de manera individual, y las fuerzas armadas y de policía no solo individual, sino también institucional. Su función consiste, entre otros aspectos, en proteger y asegurar la escena del delito,

por tener la capacitación necesaria y el monopolio de la fuerza y de las armas para cumplir su labor cabalmente.

Una vez el primer respondiente llega al lugar del hecho, debe desarrollar unas actividades lógicas en cumplimiento de la función constitucional asignada. Las más sencillas que se conocen y señala la misma escuela de investigación criminal en la capacitación de policiales, y que se reseñan en el curso de Policía de Vigilancia (2011), son las siguientes:

- Observación preliminar
- Determinar área
- Acordonar
- Custodiar
- Reportar
- Obtener información de víctimas y/o testigos
- Individualizar –Aislar testigos
- Aprender agresor –Registrar elementos
- Dejar constancia detallada –Acta primer respondiente

Como se evidencia, ya se están diseñando protocolos y procedimientos para que los funcionarios que fungen como primer respondiente realicen de manera efectiva su labor, no solo por la Policía en el manual citado, sino también en los manuales de la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, quizás haga falta educación sobre las responsabilidades de ser primer respondiente.

De igual manera, el Código de Procedimiento Penal vigente señala funciones especiales para quien tiene contacto con la escena del delito, en especial en los artículos 213, 221, 254 y 255, que se refieren a la forma en que se debe manejar la prueba y su incorporación al proceso, es decir, la autenticidad de la prueba.

LA VALORACIÓN PROBATORIA

Por valoración probatoria debe entenderse el ejercicio científico e intelectual realizado por el juez, en el cual, pondera cada una de las pruebas aportadas dentro del proceso de manera sistemática, lógica y ordenada, con el fin de reproducir los hechos que dieron origen a la conducta y determinar si esta es punible o no.

Para Echandía (2002), por valoración probatoria o apreciación de la prueba judicial «se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido» (p. 273).

Como se observa, es un proceso mental por medio del cual el juez, apoyado en la ciencia y en su conocimiento, aprehende todas las pruebas e intenta tener certeza de lo ocurrido, sin importar el número de pruebas que se valoren, pues en un momento dado solo con una prueba, por ejemplo, un video a corta distancia, se puede generar el convencimiento suficiente y necesario.

De acuerdo con Echandía (2002), se pueden señalar tres aspectos básicos en la función valorativa: «percepción, representación o reconstrucción y razonamiento deductivo o inductivo» (pp. 275-276). Bajo estos aspectos, la valoración probatoria es similar a armar un rompecabezas mental para intentar reproducir lo sucedido, siendo preponderante que la valoración sea correcta y válida, utilizando para ello lo tangible de los sentidos y los conocimientos.

En este ejercicio, es indispensable encontrar el verdadero significado de la prueba, darle un verdadero hilo conductor, pues de este proceso puede inclusive encontrarse falsedades en las pruebas aportadas, generando otro tipo penal para investigar, judicializar y sancionar.

En consonancia con este argumento, Echandía indica lo siguiente:

(...) debe hacerse su valoración objetiva y subjetiva, separando lo que en ellas puede haber de alteración o falsificación por obra del hombre, y ello solo es

posible examinando cuidadosamente si las condiciones en que se presentan permiten esa posibilidad para, en caso afirmativo, verificarla (p. 277).

Lo anterior considera que en su primera impresión, el ser humano genera juicios de valor que pueden no compadecerse con la realidad de estos. Por dicha razón, se espera lealtad a la hora de mostrar las pruebas de las partes en controversia.

La valoración probatoria, entonces, tiene estrecha relación con el proceso de incorporación del material probatorio, aducción que se encuentra regulada en la normatividad bajo el principio de legalidad. Es por ello es que en un inicio, si el juez no encuentra ajustada la recolección de pruebas a la Constitución y a la ley, no podrá realizar la valoración probatoria. Lo anterior significa que al alterarse una escena del crimen, sembrándose, plantándose o colocándose un elemento extraño en esta, se afectarían varios principios, entre otros, el de congruencia, el de legalidad del mismo elemento y el de aducción de la prueba al proceso.

Dentro del sistema penal colombiano, con tendencia acusatoria, previsto en la Ley 906 de 2004, se establece taxativamente todo lo referente a la prueba en el título IV Juicio oral, capítulo III, Práctica de la prueba, Disposiciones generales, art. 378. Admisibilidad, art. 377. Publicidad, art. 378. Contradicción y art. 379. Inmediación, que se concatenan con los principios rectores, como lo son los previstos en el art. 7. Presunción de inocencia e *in dubio* pro reo, incisos 2.º, 3.º y 4.º, art. 372. Fines de la prueba y art. 381. Conocimiento para condenar. Es decir, existen normas para el proceso probatorio que no pueden ser desconocidas por los miembros de la sociedad.

Se puede afirmar que los fines de la prueba, de manera general, se centran en tres aspectos fundamentales dentro del proceso penal: 1) llevar al juez la certeza racional, no la absoluta, al convencimiento y conocimiento sobre la existencia de los hechos materia de juzgamiento, materialidad de las conductas y/o acreditación del supuesto fáctico y jurídico; 2) la responsabilidad penal de los enjuiciados; y 3) la búsqueda de la verdad y la justicia. Sobre este último punto, Michele Taruffo ha observado:

Obviamente, en el ámbito del proceso se puede hablar de verdad relativa y *context-laden*, del mismo modo que se puede hablar de procesos más o menos

orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia (quizás con las únicas excepciones de la teología y la metafísica). Sin embargo, vale la pena precisar que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso no constituye una razón suficiente para afirmar que en [este] se puede solamente hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enunciaciones o narraciones que en él se dan (p.68).

Para tales fines, es necesario llevar al juez los medios de conocimiento señalados en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, como son la prueba testimonial, la pericial, la documental, la prueba de inspección, que se diferencia de la inspección que realiza la Policía Judicial como acto de investigación, bajo los lineamientos de los artículos 205, 207, 208 y 215 del Código de Procedimiento Penal vigente, junto con los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico, con los cuales el togado pueda administrar justicia de la forma debida.

A su vez, el juzgamiento probatorio tiene unos fundamentos de orden constitucional y legal, a saber:

ARTÍCULO 29. 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.

Toda persona se presume inocente mientras 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.

De acuerdo con el inciso final del artículo citado en pretérito, el debido proceso tiene una doble dimensión en un proceso adversarial; sin embargo, solo se analizará frente a la manera en que se debe obtener la prueba en nuestro ordenamiento.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-916 de 2008, ha señalado la diferencia entre una prueba que vulnera lo procesal, frente a la prueba que transgrede lo sustancial:

Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales (Numeral quinto, párrafo tercero).

El debido proceso abarca el tema de la prueba no solo ilícita, sino también ilegal, siendo aplicable, de manera general, la cláusula de exclusión probatoria, denominada también nulidad constitucional, que consiste en excluir el material probatorio o en desconocer el valor probatorio a aquellos medios de prueba que son obtenidos, recolectados o practicados sin observancia de las normas legales y constitucionales, bien sea en su esfera material o formal. Así las cosas, no se pueden incorporar medios probatorios de cualquier forma, sino que se deben respetar todos los principios que en materia penal existen. En otras palabras, desde la premisa de la búsqueda de la verdad, no todo vale en materia penal probatoria.

Como la cláusula de exclusión probatoria debe entenderse, los jueces tiene la facultad de conocimiento para abstenerse de incorporar y valorar pruebas que fueron

recopiladas y aducidas al proceso con plena vulneración de los preceptos legales y constitucionales, así lo destaca Marcelo Brocca, citando a Roxin cuando señala:

No obstante, y superados siglos de vicios en la búsqueda de esa dichosa verdad, hoy es unánimemente aceptado que en el marco del proceso penal, la base de partida de la obtención de aquella verdad es el respeto por la dignidad humana. Así, por ejemplo, dice Roxin que «...el esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales...» y que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto (Párrafo once).

Desde esta premisa, la Ley 906 de 2004 prevé la cláusula de exclusión en el artículo 23, condicionando a que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación penal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencias de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Así las cosas, la cláusula o regla de exclusión opera de maneras distintas y genera consecuencias diferentes dependiendo de si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal, pues, en términos generales, se entiende como prueba ilícita aquella que es obtenida con vulneración de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, en tanto que la prueba recopilada ilegalmente vulnera los preceptos normativos especiales. No obstante esta distinción lata, se podría afirmar que, llegado el caso, la prueba tendría la doble connotación, es decir, ser ilícita e ilegal. Por lo anterior, cuando el juez decide dar aplicación a la de exclusión al ser eminentemente constitucional, lo hace como garante y protector de derechos fundamentales.

Amén de la anterior limitación conceptual, tal como lo destaca Bolaños (2009):

No es fácil encontrar pautas generales para resolver el conflicto presentado, toda vez que, en primer lugar, no existe una definición unívoca de prueba ilícita. En efecto, la prueba ilícita se puede definir como aquella que atenta contra la dignidad humana, o como la prueba que es contraria a derecho, también como la que atenta contra la moral y las buenas costumbres. Así

mismo, existen posiciones que limitan las pruebas ilícitas exclusivamente a la violación de derechos fundamentales (p. 5).

Con base en estas premisas y para el caso que nos ocupa, al sembrarse un elemento extraño en una escena del crimen, se vulnera el principio de legalidad de incorporación de los medios de convicción, regulado en el artículo 29 superior, ya que son «nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso». Se establece así que para la Corte Constitucional, la prueba ilícita es un problema de nulidad constitucional por flagrante vulneración al debido proceso, figura jurídica que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el carácter de derecho fundamental.

Por lo anterior, el debido proceso probatorio es aquel que garantiza que el elemento material probatorio (evidencia física e información legalmente obtenida que se pretende hacer valer en juicio) se haya recogido de manera legal, con respeto a las normas y principios que regulan el recaudo probatorio. Y se tiene como el debido proceso con relación a la prueba, que este se haga respetando las pautas previstas por el legislador para la obtención, recaudo y práctica de la prueba, que se encuentre ajustado a las previsiones o al procedimiento previsto para tal fin.

Es necesario señalar, entonces, que la exclusión para el caso del «grafitero» tiene doble connotación y, por ende, encaja dentro de las pruebas ilícitas e ilegales. Esto es así, en primera medida, porque como ya se expresó, el primer respondiente debía guardar el debido proceso que en materia del manejo de la escena del delito se circunscribe a protocolos preestablecidos, sobre todo los que conciernen a no manipular la escena y a que la incorporación del elemento se encuentra precedida por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, que esta fue obtenida de forma fraudulenta mediante una conducta ilegal, que en primer lugar sería la de tráfico, fabricación o porte de arma de fuego, previsto en el artículo 365 del Código Penal, tipo penal que permite múltiples conductas alternativas, cuyo verbo rector es el de ‘suministrar’, cuyo significado legal «es proveer, facilitar lo necesario o conveniente para un fin».

En este orden de ideas, si se acreditase por parte de la Fiscalía, auspiciada por las pruebas técnicas, que el arma que se ubicó en dicho escenario no la portaba la víctima, sino que, por el contrario, esta fue conseguida por medio de otros policiales

e incorporada a la escena, y que además no estaba registrada ante el Departamento de Control y Comercio de Armas de Fuego y Municiones del Ministerio de Defensa Nacional, se torna ilegal su procedencia, no solo por la manera en que fue obtenida, sino porque esta proviene de un hecho previsto en la ley como contrario a esta, la cual se consiguió presuntamente con el objeto de desviar desde un principio la investigación, inducir en errores a las autoridades y eventualmente llevar a fiscales o jueces a proferir decisiones de fondo no ajustadas a la realidad procesal, o por lo menos sembrando duda sobre la actuación del policía involucrado en el homicidio y así justificar su proceder.

Esta prohibición de incorporar al proceso pruebas obtenidas de manera ilícita e ilegal es también reconocida internacionalmente como garantías judiciales necesarias a partir del bloque de constitucionalidad. Así lo sostiene el Estatuto de Roma al señalar lo siguiente:

No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él (Artículo 69, numeral 7).

En consonancia con lo anterior, los artículos 3 y 10 del Código de Procedimiento Penal establecen que toda prueba obtenida de manera ilícita será inadmisibile, y que se extenderá la nulidad constitucional a todas aquellas pruebas que provengan de la ilícita. Esta es la tesis de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, acogida por nuestro máximo tribunal constitucional en las sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, en las cuales se delimita para el ámbito nacional la teoría de la exclusión de la prueba. En apariencia, esta recoge el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, pero tiene sus excepciones en el artículo 455 de la misma ley al indicar que «Para los efectos del artículo 23, se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley».

En el caso que se analiza, se afectó el principio de legalidad con relación a la forma en que se obtuvo el arma sembrada en la escena del crimen, la cual, de acuerdo con el acervo probatorio, no portaba la víctima, y que al parecer se incorporó con el único propósito de justificar el actuar de un miembro activo de la Policía Nacional, al darle apariencia de legalidad a un procedimiento policial que en principio parecería rutinario, pero que se tornó manifiestamente ilegal e ilícito cuando se perfiló al menor fallecido como un antisocial dado de baja en cumplimiento de un deber legal por parte de un agente de la Policía Nacional. Se afectó igualmente el principio de la actuación procesal, bajo el entendido de que el procedimiento de recolección de los elementos materiales probatorios que, si bien es cierto, se llevó a cabo de manera legal, algunos de estos no existían en la escena original, lo que obstruyó y desvió la investigación, que inicialmente se manejó como un acto propio del servicio y con relación a este.

De igual manera, se vulneró el derecho de las víctimas, ya que sembrar un elemento con vocación probatoria en la escena puede generar impunidad, por ende, las víctimas nunca podrían materializar los postulados de verdad, justicia y reparación. De esta forma, como última opción les queda la protección internacional y nacional de que gozan las víctimas, para acudir a los organismos internacionales, como el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, ante la situación que se puede generar con relación a personas que tienen fuero constitucional o legal. Finalmente, se afectó el principio de lealtad procesal, ya que todos los que intervienen en la actuación penal tienen el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe ante cualquier circunstancia.

Cabe advertir que en Colombia se considera como parte del bloque de constitucionalidad el tema de las garantías judiciales como uno de los principios rectores del derecho constitucional, y que además son imprescindibles en el proceso penal.

Ahora bien, con relación al manejo dado en Ley 600 de 2000 a la exclusión probatoria, es necesario advertir que su desarrollo legal se dio en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991, en los cuales se establecieron como causales de rechazo las pruebas que hubiesen sido obtenidas ilegalmente, a la vez que se garantiza la libertad probatoria y el respeto de las garantías siempre y cuando no se mengüen los derechos fundamentales. Dichos postulados fueron modificados por los artículos 235 y 237 de la Ley 600 de 2000, manteniendo el rechazo de la práctica de pruebas

«legalmente prohibidas» y de todo medio de prueba obtenido sin respeto de «los derechos fundamentales». Para entonces, en el artículo 235 se señaló lo siguiente:

Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre los hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas.

Así mismo, en el artículo 237 se establece:

Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba pericial, respetando siempre los derechos fundamentales.

De ahí que se discernía en uno y otro caso acerca de las nociones de prueba ilícita ilegal y prueba ilícita constitucional, produciendo idénticos efectos de exclusión. En consecuencia, la prueba ilícita e ilegal debía ser excluida y no podía formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesaba para adoptar la decisión en un asunto sometido a su conocimiento.

Pero en vigencia de la Ley 906 de 2004, que implementó y desarrolló el sistema penal acusatorio, y en consonancia con la Sentencia Constitucional C-591 de 2005, que declaró exequible el inciso segundo del artículo 457 de citada ley, se modifica este concepto:

«(...) en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviara a otro juez...». Esta decisión, adoptada por la más alta corporación constitucional, le da una transcendencia mayor a la prueba ilícita, que tiene unas consecuencias distintas a la ilegal, en vigencia de este procedimiento.

Así las cosas, si existe una prueba ilícita y no es decretada la exclusión, se genera nulidad del proceso y cambio del juez que conoció de dicha actuación; en la ilegal o irregular solamente produce la exclusión del elemento obtenido al solo haberse infringido la legalidad ordinaria o, por el contrario, si solamente se practicó sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

Es a partir de dicho pronunciamiento constitucional que esta decisión también se extiende al sistema mixto con respecto de los delitos que se investigan bajo el amparo de la Ley 600 de 2000, independientemente de que el análisis constitucional se hubiere dado a partir de otra normatividad procesal.

Ahora bien, si la prueba es obtenida mediante a) tortura; b) desaparición forzada; c) por efectos de un trato cruel, inhumano o degradante; d) como resultado de una violación a un derecho fundamental; e) por efecto de un falso testimonio, un soborno o una falsedad en documento público, entre otros; f) o que su fuente es un delito, debe declararse su exclusión so pena de la drasticidad que conlleva al proceso, al adelantarse este con una prueba ilícita, como es la nulidad de proceso, ante la transcendencia de la manera en que se obtuvo la prueba. Tal como lo advierte la Corte Constitucional, tratándose de este tipo de transgresiones, en las que debe aplicarse un régimen más severo de nulidad que se extiende al proceso mismo y no solo a la prueba obtenida bajo indeseables circunstancias, en el entendido de que si se omite la regla de exclusión y por esa vía la prueba ilícita llega al conocimiento del juez, el vicio ya no puede subsanarse en casación con la exclusión mental del elemento de prueba, sino con la invalidación del proceso, la exclusión material del elemento ilícito y el cambio de juzgador.

Es necesario señalar que para el caso comentado, son dos hechos penales los que se deben investigar: el primero corresponde al presunto asesinato del joven grafitero, hechos sobre los cuales no se puede tener el arma de fuego incorporada, porque esta no existió en la escena, de manera que debe excluirse del caso por las razones expuestas; y el segundo incumbe a la alteración de la escena del delito, en donde debe estar presente el arma que fue agregada de manera ilícita e ilegal.

Así las cosas, el dilema se da en relación a cómo un mismo elemento material probatorio –para este caso, el arma incorporada– debe ser excluida del homicidio, pero incorporada para delito de la escenificación de la escena del delito.

Es pertinente entender que en el sistema penal colombiano los tipos penales son únicos, propios, nunca derivados o accesorios a otro, características que no pueden ser confundidas con los concursos de delitos homogéneos o heterogéneos, pues en este fenómeno penal, los tipos penales no se funden ni se subsumen, por lo tanto, son independientes.

En la doctrina, entre otras corrientes de pensamiento penal, existen dos especiales: una niega la existencia de los presupuestos del delito y la otra la acepta. Así pues, los presupuestos del tipo penal se pueden definir como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de una conducta punible o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito. Al respecto, sobre la autonomía de los delitos, Betancourt (2007) señala que «para la existencia de un delito se requiere la concurrencia de determinados sujetos y circunstancias de hecho como de derecho» (p. 313).

De acuerdo con esta tesis, la autonomía de los tipos penales viene a desentrañar el problema, pues, desde este principio, el tipo penal es independiente, por ende, las particulares generales de los delitos pueden identificarse como precepto y sanción; sujeto activo y pasivo; la imputabilidad y finalmente el bien jurídicamente tutelado, presupuestos esenciales de este principio. Dicha teoría es aplicable al delito de la escenificación, por lo tanto, el elemento material probatorio incorporado y que configura el delito de la escenificación no puede ser retirado del proceso para la investigación de este tipo penal.

CONCLUSIONES

Con el tránsito que se efectuó de un sistema penal inquisitivo a un sistema con tendencia acusatoria y adversarial, se cambiaron sustancialmente los roles de quienes deben intervenir en el proceso penal, es por ello que las responsabilidades también cambian, sobre todo para aquellas personas que tienen incidencia en el manejo de la escena del delito bajo la figura del primer respondiente autónomo.

De acuerdo con el imperio del sistema acusatorio, la Fiscalía General de la Nación tenía contacto directo con la escena del delito, es decir, además de ente investigador fungía como primer respondiente. Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo n.o 003 de 2002 y la Ley 900 de 2004, se cambiaron las funciones a la Fiscalía, entre otras la intermediación que sus funcionarios tenían con la escena del delito. Ahora la Fiscalía es solo un ente receptor de las informaciones que entrega la Policía Judicial con los procedimientos establecidos bajo la cadena de custodia y como primer respondiente.

Esta mutación supuso la modificación del sujeto que realiza las labores del primer respondiente, como persona encargada de la preservación y conservación de la escena del delito, con obligaciones y responsabilidades especiales, sobre todo de abstención, según los preceptos constitucionales y legales. Sin embargo, esto no siempre sucede, pues los servidores públicos transgreden sus esferas funcionales y rayan con las instancias penales en su proceder.

Si bien es cierto que se crea la figura del primer respondiente, esta norma todavía no encuentra desarrollo doctrinal y mucho menos jurisprudencial, pues hasta la fecha en Colombia no se ha proferido el primer fallo por las conductas señaladas en el artículo 454 B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004. Ahora bien, si se abre la discusión a partir del caso del joven grafitero, inicialmente se consideraba que la escena del delito podía ser manipulada por el delincuente para ocultar su crimen, mas no para la autoridad que tenía el deber legal de salvaguardar la escena. Así las cosas, en Colombia son varios los casos en los cuales las autoridades encargadas de velar por la inmutabilidad de la escena han incidido en conductas punibles para buscar impunidad, como los tan sonados casos de falsos positivos, responsabilidad de las Fuerzas Militares.

En materia de escenificación de la escena del delito se pueden desplegar diferentes conductas, siempre con la misma finalidad: ocultar los verdaderos hechos, encubrir a los autores, crear coartadas para salir adelante en el proceso, es decir, en búsqueda de configuración de la impunidad. Dichos comportamientos, de acuerdo con los múltiples verbos rectores de este delito, pueden quitar elementos materiales probatorios o, por el contrario, adicionar algunos que nunca estuvieron, así como

también destruir o reacomodar la escena, quizás también con el objetivo de mostrar circunstancias de tiempo, modo y lugar diferentes de las que realmente sucedieron.

En materia de valoración probatoria, esta se debe ceñirse a los preceptos doctrinales y jurisprudenciales actuales, pero para el caso en trámite, como de los mismos hechos se desprenden dos conductas punibles para una conducta, se debe excluir un elemento probatorio y todas las demás pruebas que de este se desprendan, mientras que para el otro tipo penal que se investiga, el elemento probatorio se debe preservar dentro del proceso y valorarse conforme las reglas existentes, con base en el principio de la autonomía de los tipos penales.

Según esta hipótesis, para el caso del homicidio del grafitero, el arma implantada debe retirarse, dadas las reglas de la exclusión probatoria; sin embargo, para el delito de la escenificación de la escena del delito, el arma no se puede retirar por ser un elemento material probatorio, pues este artefacto es el eje de la investigación de este tipo penal, según el principio de autonomía de los tipos penales. No obstante, de acuerdo con las figuras jurídicas del concurso homogéneo o heterogéneo de los delitos, la pena por delito sí podrá desvanecerse, pero no por ello se debe dejar la investigación de tipo penal, máxime cuando la doctrina y la jurisprudencia colombiana son incipientes sobre estos temas.

REFERENCIAS

Acción de constitucionalidad. Corte Constitucional (2002). Sentencia C-805 de 2002. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-805-02.htm>.

Acción de tutela. Corte Constitucional (2002). Sentencia T-025 de 2002. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-025-02.htm>.

Acción de tutela. Corte Constitucional (2008). Sentencia T-916 de 2008.

Asencio, R. (2010). *La escena del Crimen*. Bogotá, Colombia.: Doctrina y Ley

- Betancourt, E. (2007). *Teoría del delito*. México: Editorial Porrúa.
- Bolaños, C. (2009). El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*, 1, 1-21.
- Bouzat, A. y Cantaro, A. (2003). *Verdad y prueba en el proceso penal acusatorio en Discusiones, prueba, conocimiento y verdad*. Bogotá, Colombia.: Leyer
- Brocca, M. (2010). *¿Es la exclusión probatoria una garantía constitucional?* Quito, Ecuador.: Universidad Simón Bolívar.
- Clariá, J. (1981). Principio de congruencia en el proceso penal. En *Actas del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal* (T. I., P. 363). La Plata. Citado en Vázquez, J. E. (2004), *Derecho procesal penal* (T. II.). Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal, Congreso de Colombia*, Diario Oficial n.o 44094 de julio 24 (2000).
- Acto Legislativo 003 de 2002. *Por el cual se reforma la Constitución Nacional, Congreso de Colombia*, Diario Oficial n.o 45040 de diciembre 19 (2002).
- Ley 890 de 2004. *Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, Congreso de Colombia*, Diario Oficial n.o 45602 de julio 7 (2004).
- Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Congreso de Colombia*, Diario Oficial n.o 45657 de agosto 31 (2004).
- Consejo Nacional de Policía Judicial. (2005). *Manual único de Policía Judicial*. Bogotá: Consejo Nacional de Policía Judicial.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Creus, C. (1996). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

- Daza, A. (2007). Escena del delito y cadena de custodia en el sistema procesal penal colombiano a partir del Acto Legislativo n.o 03 de 2002. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 10(19), 89-106.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones del derecho procesal penal. Sistema acusatorio* (7.ª ed.). Bogotá: Legis S. A.
- Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (tomo I). Editorial Bogotá: Editorial Temis S. A.
- González, R. (2011). La documentología relacionada con el lugar del hecho. *Indicios*, 1(2), 10-17.
- Grünberg, A. (2011). *Descripción del hecho imputado, congruencia y defensa en juicio*. Recuperado de http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=124.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2009). *La escena del delito y las pruebas materiales. Sensibilización del personal no forense sobre su importancia*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/scientific/Crime_scene_Ebook.Sp.pdf
- Oviedo, R. (s. f.). *Escena del crimen*.
- El Tiempo. (23 de agosto de 2011), Dura polémica por muerte de joven grafitero a manos de la policía en periódico El Tiempo. Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, A. (2009). *Escena del crimen (cuestiones doctrinarias)*. Recuperado de <http://criminalisticaycienciasforenses01.blogspot.com.co/2009/05/escena-del-crimen-cuestiones.html>
- Revista Semana. (Febrero, 2013). Operación 'tapen-tapen' muerte del grafitero. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/operacion-tapen-tapen-muerte-del-grafitero/333534-3>.

Sentencia de unificación. SU-159 de 2002, Corte Constitucional. (6 de marzo de 2002).
Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/su159-02.htm>.

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Chile: Editorial Metropolitana.

Vázquez, J. (2004). *Derecho procesal penal* (T. II). Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni. II.

Vélez, A. (1986). *Derecho procesal penal* (T. II). Córdoba: Ed. Lerner.