

**LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO:
EXCEPCIONES A SU EXCLUSIÓN**

ARNULFO RAFAEL CUENTAS MORENO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2020**

**LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO:
EXCEPCIONES A SU EXCLUSIÓN**

ARNULFO RAFAEL CUENTAS MORENO

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en derecho penal bajo la
dirección de: Ph.D. CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ**

2020

**LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO:
EXCEPCIONES A SU EXCLUSIÓN**

Introducción	5
CAPITULO I. FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA PENAL NORTEAMERICANO	12
1.1 Una explicación necesaria. El punto de partida	12
1.2 El devenir histórico de la exclusionary rule	14
1.2.1 Los primeros vestigios	16
1.2.2 El comienzo de la independencia en materia probatoria. Entre la tradición y la novedad	18
1.3 El panorama actual	43
CAPITULO II. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	46
2.1 El efecto reflejo de la prueba ilícita	47
2.2 La fuente independiente	65
2.3 El descubrimiento inevitable	80
2.4 Las demás que establezca la ley	85
CAPITULO III. LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO	87
3.1 El concepto de prueba ilícita en la jurisprudencia colombiana	88
3.2 Ubicación de la cláusula de exclusión en el debido proceso	100
3.3 Las excepciones a los efectos reflejos y la Constitución Política	107

CAPITULO IV. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y EL DEBIDO PROCESO. HACIA UN ACERCAMIENTO RACIONAL A LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL -----	111
4.1 El fin del proceso penal desde la perspectiva probatoria -----	112
4.2 Propuesta para reformular las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal -----	123
CONCLUSIONES -----	134
REFERENCIAS -----	138

INTRODUCCIÓN

Con la adopción del Acto Legislativo 003 de 2002 y la Ley 906 de 2004 (con sus múltiples reformas) en el régimen procesal penal, surgió la necesidad de identificar y desarrollar los grandes ejes temáticos del sistema penal acusatorio colombiano, seleccionándose la cláusula de exclusión para continuar el laborío de construir una dogmática del proceso penal colombiano. (Pedraza Jaimes, 1999).

Parece existir consenso en la aseveración de que el sistema procesal penal con tendencia acusatoria se caracteriza por el fortalecimiento del conjunto de derechos y garantías de quienes intervienen (particularmente el Acusado), por oposición al modelo inquisitorial que suele inclinarse por una concentración excesiva de poder en el investigador, quien ostenta facultades para afectar los derechos fundamentales durante la actuación, entre otras ventajas.¹

Este trabajo ha pretendido poner a prueba la consistencia de tal aserto, esto es, verificar si en el modelo procesal penal acusatorio implantado en Colombia se produce el anunciado afianzamiento de las garantías constitucionales que permitan la realización del debido proceso.

Para ello, se llevará a cabo un análisis de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas en forma ilícita, instituto que ha sido concebido como un mecanismo de protección intra - procesal de los derechos humanos en el proceso penal como lo plantea Becerra (2005), con el fin de determinar si en realidad el modelo procesal penal vigente favorece la preservación de los

¹ Este modelo de procesamiento estuvo vigente en Colombia mediante el Decretos 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, ésta última aplicable actualmente a la investigación y juzgamiento de hechos ocurridos antes del 1 de enero de 2005. Sobre las fortalezas del sistema penal de tendencia acusatoria, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-559 de 2019: “5.1. Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 – en virtud del cual se reformaron los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política – se transformó la estructura básica del proceso penal en Colombia, un modelo mixto de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución del 91, para pasar a uno de tendencia acusatoria, “*que hace especial énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado para la consecución de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y que busca privilegiar también los derechos de las víctimas*”.

derechos humanos que giran en derredor del debido proceso o, por el contrario, contiene serias limitaciones que resultarían ilegítimas desde la perspectiva constitucional.

De acuerdo con la preceptiva final del artículo 29 de la Constitución Política “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que contiene la figura jurídica de la *exclusionary rule* (regla de exclusión) propia del sistema penal norteamericano, en virtud de la cual no solamente se sanciona con ilicitud la prueba obtenida en tales condiciones, sino que además se impone su separación del proceso con el propósito de que no produzca efectos de ninguna clase.

Para un sistema penal basado en el respeto de las garantías ciudadanas resulta de suma importancia la consagración de la regla de exclusión porque con ella se hace explícito el compromiso del Estado con el respeto y promoción de los derechos humanos. En consecuencia, la herramienta garantiza que el ejercicio del *ius puniendi* se lleve a cabo en un marco de legitimidad constitucional, susceptible de revisión en cualquier escenario donde se discuta la responsabilidad (nacional o internacional) del Estado en esta materia.

A pesar del prometedor panorama constitucional en favor de los derechos y libertades ciudadanas, pronto el espectro se torna opaco al constatarse que, a nivel legal y jurisprudencial, se empiezan a introducir limitaciones y excepciones a la regla de exclusión de pruebas ilícitas en el proceso penal, tal como acontece con el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 que dispone: “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”.

Y a su turno, el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal señala:

Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. (Ley 906 de 2004).

Bajo este contexto, se ha planteado como problema de investigación el siguiente: ¿Las excepciones al régimen de exclusión de la prueba ilícita permiten la realización del debido proceso probatorio en la averiguación de la verdad en el sistema penal colombiano?

El objetivo general de la investigación estriba en analizar si la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones permiten o no la realización del debido proceso en el sistema procesal penal colombiano. Este objetivo macro implica la descripción del régimen de la prueba ilícita y su aplicación en la realidad jurídica a través del estudio de la jurisprudencia, con el fin de identificar las condiciones que deben concurrir para que esta figura se inserte en el ámbito de la protección de los derechos humanos en el proceso penal.

Para alcanzar ese propósito general, el primer objetivo está orientado a comprender el sistema de la regla de exclusión en la forma como ha sido construida en su país de origen, esto es, los Estados Unidos de Norteamérica donde la Corte Suprema de Justicia durante más de un siglo ha sentado las bases de esta figura.

El segundo eslabón para la consecución de la meta será describir los criterios que permiten la admisibilidad excepcional de pruebas obtenidas ilícitamente en el proceso penal colombiano: Vínculo Atenuado, Descubrimiento Inevitable y Fuente Independiente. Con ello se completará el estudio del sistema de la regla de exclusión y se acopiarán los elementos necesarios para el abordaje de la figura en el derecho colombiano.

Por tanto, como tercer objetivo concreto se tiene la necesidad de precisar el alcance de la regla de exclusión en el constitucionalismo colombiano, reflexión que abonará el terreno para una concepción constitucional y epistemológica de la institución.

El peldaño final hacia el objetivo propuesto será analizar la compatibilidad de los criterios de excepción a la exclusión de pruebas ilícitas frente a la garantía del debido proceso al interior del proceso penal colombiano, donde se pondrán de presente las condiciones necesarias para que la verdad sea conocida sin que se sacrifiquen injustamente los derechos humanos en el proceso penal. Ese postrero examen permitirá formular una propuesta que permita hacer compatibles las necesidades cognoscitivas del proceso penal con los derechos de los intervinientes en un marco de ilicitud probatoria, mostrando la posibilidad de armonizar los fines del proceso penal aun con la presencia de pruebas ilícitamente obtenidas.

Vistas así las cosas, el capítulo primero está consagrado a revisar las fuentes jurisprudenciales norteamericanas relacionadas con la regla de exclusión, recorrido histórico que permitirá mostrar que esta regla ha sido construida desde fuertes disputas ideológicas en dos niveles: De un lado, la necesidad de luchar contra la criminalidad con todas las herramientas disponibles para las autoridades (legales o no); y de otro, el desarrollo del contenido de las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica a partir de políticas y principios liberales decantados por la Corte Suprema.

Esta labor permitirá comprender la dinámica, objetivos y principios en que se basa la regla de exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el sistema penal americano, insumo necesario para determinar la pertinencia de la traslación efectuada por el legislador colombiano, así como su impacto en la cultura jurídica nacional.

Adicionalmente, la revisión propuesta suministrará los elementos conceptuales necesarios para entender cabalmente las excepciones que históricamente se han construido para morigerar el

régimen de exclusión de pruebas ilícitas, tales como la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable, que también fueron objeto de importación por parte del legislador penal colombiano.

El capítulo segundo está orientado a estudiar las excepciones legales a la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas como la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable, con el propósito de precisar sus elementos, objetivos y las características básicas que debe reunir una prueba para no estar sujeta a la exclusión, pese a ser ilícita por derivación.

Conocidos los presupuestos epistemológicos de la regla de exclusión, el capítulo tercero se dedica al estudio de la manera en que la jurisprudencia colombiana ha enfocado el instituto jurídico y sus excepciones, lo cual permitirá un doble cometido: de un lado, comprender la dinámica de la exclusión y sus excepciones en el sistema procesal penal interno; y, de otro lado, exhibir los problemas probatorios que ha aparejado la importación de esta figura al ordenamiento jurídico colombiano, lo cual permitirá avizorar cuál es el futuro que le espera a la exclusión en el ámbito nacional, que no dista mucho de lo que ocurre en otros contornos.

Para ello, se revisan los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia a efectos de determinar si el instituto objeto de estudio se concibe y aplica de manera fiel a su contexto original, o, por el contrario, se evidencia una concepción particular de la misma aplicada al contexto colombiano.

Por último, el capítulo cuarto contiene una reflexión en torno a las posibilidades reales que brinda la regla de exclusión para la realización del debido proceso en el modelo procesal vigente en Colombia. Al final, se intentará responder la pregunta de investigación planteada, señalando a través de una propuesta las condiciones para que la regla de exclusión pueda ser un verdadero instrumento para la realización del debido proceso en el sistema penal colombiano,

mediante la adopción de una única excepción a la exclusión de pruebas ilícitas, determinando las condiciones epistémicas y normativas para que ello pueda operar.

La trascendencia y utilidad de este laborío investigativo son apreciables en la medida en que permitirá a jueces, litigantes, estudiantes y público en general contar con los elementos teóricos necesarios para velar por la tutela efectiva de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o efectivamente vulnerados por los agentes del Estado en el ejercicio de la instrucción y juzgamiento criminal en lo atinente a la recolección, aportación y práctica de pruebas.

El tema de la ilicitud de la prueba y su potencialidad para ser valorada por el Juez al momento de declarar los hechos, y sobre ellos, impartir justicia, es de permanente actualidad en todos los sistemas jurídicos y especialmente en el colombiano, debido a que la legitimidad de la sentencia se determina no solo por su aproximación a la realidad histórica, sino también por el grado de respeto de las garantías adoptadas democráticamente como límites infranqueables del *ius puniendi*.

Este esfuerzo es necesario e interesante porque a pesar de las diferencias en los modelos de investigación y juzgamiento que cada Estado adopta, en el derecho penal las dos grandes tradiciones jurídicas contemporáneas presentan importantes similitudes (Chiesa, Granados, & Cancino, 1993) pues en su ejercicio subyace la misma problemática, esto es, la contraposición entre el poder punitivo y los derechos del ciudadano, de donde surge la necesidad de construir soluciones con alcance general más allá del esquema procedimental.

Por otro lado, constituye este estudio una sentida crítica, forjada desde la revisión histórica, a la forma en que el legislador y los operadores judiciales pretenden limitar la eficacia de la cláusula de exclusión, actitud que contraviene los pilares teóricos del sistema acusatorio

que, como se anticipó, es de tendencia hacia el otorgamiento de mayores garantías para el justiciable en comparación con otros modelos que se han implementado en el devenir histórico.

Al final de este recorrido se podrá analizar la verdadera capacidad de rendimiento de la cláusula de exclusión como instrumento de protección de los derechos fundamentales en el proceso penal, y edificar un criterio en torno a la necesidad de conservarla en el régimen penal o, por el contrario, contemplar salidas alternas a la exclusión ante la escasez de resultados positivos en esta materia.

Capítulo I

FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA PENAL NORTEAMERICANO

1.1 Una explicación necesaria. El punto de partida.

El presente capítulo tiene como objetivo principal el de averiguar por los orígenes de la regla de exclusión de pruebas obtenidas en forma ilícita en el sistema jurídico norteamericano, con miras a obtener los elementos de juicio que permitan conocer el estado actual de la cuestión y vislumbrar el futuro de esta regla en el ordenamiento jurídico colombiano.

La asunción de este primer aspecto aparece como consecuencia la imperiosa necesidad de no perder de vista que el instituto objeto de estudio proviene de un sistema jurídico diferente y por tanto, debe hacerse referencia, así sea tangencial, al contexto histórico, político y jurídico en que se ha decantado. Esta realidad conlleva a la aplicación de una metodología particular de análisis, ya que gracias a la influencia del sistema de *Common Law* británico, la construcción de la figura se ha llevado a cabo a partir de supuestos concretos sobre los cuales la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha ido perfilando su criterio dando lugar al surgimiento de las reglas jurídicas, probatorias en este caso. Esta sistemática es necesaria por cuanto, como explica la doctrina especializada:

La más trascendental divergencia entre el sistema de Derecho continental europeo y el sistema anglosajón radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas "fuentes" jurídicas. El Derecho anglosajón es un sistema "jurisprudencial" que

analiza los casos "case by case", en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales (el conjunto de las mismas se denomina "jurisprudencia"), las cuales tienen un carácter "vinculante" (leading case) bastando un solo precedente jurisprudencial, es decir, son obligatorias para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados (Gudín Rodríguez – Magariños, 2017).

Teniendo en cuenta estos presupuestos, se considera pertinente formular unas consideraciones generales sobre el sistema procesal penal que ha regido en los Estados Unidos desde el proceso de independencia de las colonias británicas, resaltando las tensiones que en dicho contexto suelen presentarse entre, de un lado, el interés ciudadano por castigar efectivamente la criminalidad, y del otro, la necesidad de asegurar la vigencia de una amalgama de derechos que protejan a ese mismo ciudadano frente al poder estatal, todo lo cual brinda el contexto necesario para comprender el origen y finalidad de los instrumentos jurídicos.

La formulación de las normas y los institutos jurídicos en el sistema de *Common Law* ha tenido lugar a partir de la decisión de casos concretos desde los cuales se van construyendo reglas jurisprudenciales a manera de precedentes obligatorios, que tienen un doble propósito: Impartir justicia en un supuesto específico y servir como modelo para la resolución de conflictos ulteriores que ostenten elementos fácticos similares, contribuyendo de ese modo a hacer efectivas la igualdad y la seguridad jurídicas.

Tal ocurre con la regla de exclusión surgida en el derecho angloamericano en el siglo XVIII como corolario de la interpretación de la cuarta enmienda de la Constitución de Filadelfia “por medio de la cual el juez está en el deber de inadmitir la evidencia obtenida con violación de las garantías fundamentales de rango constitucional” (Fernández, 2010).

Es interesante observar que la Cuarta Enmienda de la Constitución americana establece:

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

La disposición constitucional consagra de manera explícita del derecho de los ciudadanos a la privacidad de su domicilio protegiéndolos frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias, señalando que las órdenes judiciales que afecten ese derecho deben estar basadas en un motivo fundado. Sin embargo, esa norma jurídica no contempla la consecuencia jurídica aplicable frente a la infracción de los estrictos requisitos allí consagrados, vacío que ha sido llenado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Norteamérica mediante diversos precedentes, los cuales será estudiados bajo un enfoque singular: se presenta una síntesis del supuesto fáctico; se describe el problema jurídico al que se enfrenta la Corte y por último, se destacan las principales consecuencias de cada precedente, mostrando la evolución general de la regla de exclusión hasta la actualidad.

1.2 El devenir histórico de la *exclusionary rule*.

Desde su vinculación a las colonias británicas hasta bien avanzado el proceso de independencia, el sistema procesal de Estados Unidos se caracterizó por la aplicación de las reglas jurídicas surgidas del sistema de *Common Law*, que en materia de apreciación de pruebas le otorga preeminencia al principio de fiabilidad de la prueba en relación con la culpabilidad o

inocencia del acusado, con prescindencia de su origen y de los métodos empleados por los agentes estatales para su obtención (Fidalgo, 2000).

Por tanto, para el modelo de *Common Law* lo importante no es indagar por el origen del medio de prueba sino por su contenido intrínseco, a partir del cual el operador judicial puede impartir justicia tomando como presupuesto la verdad que devela la prueba, sin importar que la misma hubiera sido obtenido con apego a la ley o no, de manera que frente a eventos de obtención de medios de prueba mediante mecanismos violatorios de la ley o lesivos de los derechos de las personas, el sistema de *Common Law* consagra unos antídotos o remedios diametralmente opuestos a su exclusión, tales como la procedencia de acciones civiles de carácter indemnizatorio contra los responsables, aunado a la configuración de consecuencias en los ámbitos administrativos, penal y disciplinario².

De ahí que pese a la aprobación de la cuarta enmienda en 1791, durante más de un siglo en Estados Unidos se aplicó la regla tradicional de *Common Law*, de acuerdo con la cual, el material probatorio obtenido en forma ilícita era susceptible de apreciación siempre que contuviera información relevante para la definición del caso, independientemente de las sanciones a que estuviera expuesto el servidor público responsable de la violación de derechos y la compensación a que eventualmente tendría derecho el acusado, en este caso, la víctima -no del delito investigado, sino de la vulneración de sus derechos-. (Fidalgo, 2000).

En efecto, solo hasta 1914 en el caso *Weeks vs United States* se declaró por la Corte Suprema de Estados Unidos que la cuarta enmienda contiene una regla implícita de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de las garantías allí declaradas, señalándose que, de no ser

² Así se pone de presente en la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional donde se efectúa una presentación de los principales modelos del régimen de la prueba ilícita en el derecho comparado, advirtiendo la incompatibilidad del modelo anglosajón frente a la Constitución colombiana.

así, la constitución carecería de fuerza vinculante, al margen de las sanciones aplicables al agente perpetrador de la violación de los derechos constitucionales.

1.2.1 Los primeros vestigios.

En el sistema inglés se señalan como antecedentes dos fallos importantes: 1. El caso *Wikex vs Wood* (1763), y 2. El caso *Entick vs Carrington* (1765), que son citados como referentes inmediatos de la cuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica como lo expone Amsterdam (1974) citado por Fidalgo (2000), decisiones que fueron proferidas antes de la independencia de las colonias de la incipiente unión americana.

En ambos casos se trató de asuntos civiles en los cuales los actores reclamaron compensación por acciones inconstitucionales llevadas a cabo en el marco de investigaciones de índole criminal, en aplicación del régimen expuesto.

En el primer caso (*Wikes vs Wood*) se estimó la demanda de una persona a quien le fueron confiscados bienes y fue sometido a arresto al amparo de una autorización genérica emitida por el Secretario de Estado como reacción ante la emisión de un panfleto contentivo de críticas a la Corona; el reclamante fundamentó la nulidad de la autorización general en una *trespass* (intromisión ilegítima) que quebrantó su *privacy* (derecho a la intimidad), argumento que fue acogido por los Tribunales civiles británicos.

Este precedente contiene un claro rechazo a las autorizaciones con alcance general conferidas por el ejecutivo a agentes estatales para llevar a cabo cualquier tipo de verificación, registro, confiscación y/o detención con base en cualquier motivo, siendo este uno de los instrumentos de represión mayormente empleado por la Corona durante los siglos XV a XVII contras las publicaciones consideradas como sediciosas.

El segundo caso (*Entick vs Carrington*) también tiene como antecedente una investigación por delito de panfleto sedicioso contra la Corona; empero, en esta ocasión se expidió una autorización específica y concreta que facultó al agente *Carrington* y otros para adelantar registros domiciliarios al sospechoso, lo cual permitió la confiscación de documentos privados que contenían información incriminatoria.

El ciudadano afectado entabló una acción resarcitoria alegando la vulneración de su derecho a la intimidad como consecuencia de una intromisión ilegal; no obstante, como la autorización ya no fue genérica sino concreta y específica basada en indicios criminales, el actor planteó la vulneración de la garantía de no autoincriminación forzada, la cual resultó afectada por la intromisión ilegal.

En este caso, el Tribunal llevó a cabo un enroque entre el derecho a la intimidad y el privilegio contra la autoincriminación forzada, declarando que, como la autorización confería el poder de confiscar documentos con contenido incriminatorio, ello daba al traste con la protección frente a la autoincriminación forzada, cerrando toda posibilidad de juzgamiento tras la confiscación.

Estos precedentes permiten constatar que en el sistema de *Common Law* del siglo XVII, el perjuicio causado por una acción inconstitucional de contenido probatorio es susceptible de ser resarcido a través de procesos de naturaleza civil; no obstante, la antijuridicidad de tales actuaciones no impide la apreciación del material probatorio así recolectado, ya que la prueba en dicho sistema se valora por su fiabilidad y valor intrínseco más que por su legalidad externa, de donde se sigue que no se contemplaba la exclusión como regla probatoria.

1.2.2 El comienzo de la independencia jurídica en materia probatoria. Entre la tradición y la novedad.

En Estados Unidos la aplicación concreta de las enmiendas cuarta y quinta se llevó a efecto en clave de sistema inglés de *Common Law* por más de cien años, permitiendo solo la procedencia de acciones civiles con fines indemnizatorios frente a la obtención de pruebas recaudadas en registros y confiscaciones ilegales.

Esa tradición empezó a cambiar ligeramente en 1886 al expedirse la sentencia en el caso *Boyd vs United States*, que es considerada por algún sector doctrinal como el arranque de la línea jurisprudencial sobre cláusula de exclusión en Estados Unidos, pues allí se abordó la temática relativa a la incautación, por parte de las autoridades aduaneras, de mercancías importadas de forma aparentemente ilegal por la empresa *Boyd & Sons* (Fidalgo, 2000, p. 41).

Durante el procedimiento penal, el Juez impartió la orden a los acusados de exhibir los documentos relativos al albarán³ en aplicación de una ley vigente en la época, que regulaba las consecuencias penales y civiles de las importaciones ilegales. El acusado exhibió tales documentos en el juicio civil iniciado en su contra, pero alegó la nulidad de la orden emitida por el Juez, petición que fue atendida por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Consideró la Corporación judicial que, aunque formalmente válida, la orden en mención aparejaba una conminación a aportar pruebas en contra de sí mismo, lo cual resultaba contrario al contenido sustancial de la carta de derechos (*Bill of Rights*), razonamiento que dio paso a la anulación de la condena que había sido impuesta en primera instancia.

³Nota de entrega que firma la persona que recibe las mercancías que en ella se relacionan.

La Corte Suprema catalogó como irrazonable la orden emitida por el Juez a partir de un entrelazamiento de las enmiendas cuarta y quinta, que puede apreciarse en el siguiente pasaje:

Ya hemos llamado la atención sobre la relación íntima entre (las enmiendas cuarta y quinta). Cada una de ellas arroja luz sobre la otra. Pues los registros, confiscaciones y arrestos irrazonables condenados en la cuarta enmienda son casi siempre hechos con el propósito de forzar a un hombre a proporcionar pruebas contra sí mismo, lo cual en los procedimientos penales está condenado por la quinta enmienda; y forzar a un hombre en un caso penal a declarar contra sí mismo, lo cual está condenado por la quinta enmienda, arroja sobre luz sobre la cuestión de qué es un registro, confiscación y arresto irrazonable". (*Boyd vs United States*).

En ese caso, la Corte Suprema de Estados Unidos se apartó por completo de la tradición jurídica del *Common Law* que asignaba valor demostrativo a los materiales obtenidos con violación de derechos constitucionales con independencia de las consecuencias que para el agente se siguieran, dando lugar a un giro trascendental que empieza a decantar que, aparte de las sanciones de rigor, ese material carece de eficacia demostrativa sin importar cuán fiable sea.

A pesar de ser reconocida como un antecedente valioso de la cláusula de exclusión, la sentencia *Boyd vs United States* también ha recibido fuertes cuestionamientos de algún importante sector doctrinal que la cataloga como el comienzo de una larga tradición de usurpación de competencias por parte de la Corte Suprema, en desmedro de intereses superiores como la lucha contra la criminalidad, el control al aumento de la impunidad y el incremento de la sensación de inseguridad ciudadana (Fidalgo, 2000).

Una de las críticas fundamentales a las consideraciones de la Corte Suprema en *Boyd vs United States* es que la orden de aportación de documentos impartida por el Juez cumple con los

parámetros de legalidad y especificidad delimitados en las enmiendas cuarta y quinta, que habían sido avaladas desde las sentencias *Wilkes vs Wood* (1763) y *Entick vs Carrington* (1765) fallados en Inglaterra, de donde se avizora un desbordamiento de los precisos límites que los *founding fathers* (padres fundadores) fijaron al poder público. (Fidalgo, 2000).

Desde otra perspectiva, se cuestiona la sentencia del caso *Boyd vs United States* porque cataloga como irrazonable el registro y confiscación de documentos de carácter privado por el riesgo de autoincriminación forzada que apareja, dejando de lado lo concerniente a los documentos públicos y otros elementos no documentales como armas, drogas, entre otros, los cuales, desde la perspectiva de dicho precedente, no podrán ser objeto de exclusión⁴.

Además, se cuestiona la doctrina contenida en esa sentencia porque desnaturaliza el sentido de la cuarta enmienda, que está orientada a proteger a los ciudadanos frente al ejercicio del poder público, generando una inversión de la ecuación al extremo de que, bajo esas consideraciones, ningún Juez podría ordenar un registro domiciliario porque ello podría arrojar resultados incriminatorios, impidiendo de esa manera la tarea investigativa del Estado.

La sentencia *Boyd vs United States* en realidad lo que hizo fue cimentar la construcción de una regla de exclusión basada en la trasgresión de la quinta enmienda referida a la protección contra la autoincriminación forzada, remitiéndose al contenido de la cuarta enmienda para tildar como irrazonables las confiscaciones y registros que tuviesen como objeto documentos de carácter privado, criterio que no ha escapado a las críticas basadas en el hecho de que la cuarta enmienda está orientada a proteger a los ciudadanos frente intromisiones a la intimidad que no se sustenten en una causa probable, evento en el cual son catalogadas por el propio texto como

4 En la sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional se observa la cita de la crítica formulada por el Juez Cardozo a la Sentencia *People v Defoe* 150 NE 585 (1926) en estos términos: “El criminal tiene que ser dejado en libertad porque el policía la embarró”. *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (1926). Para el Justicia esto fomentaba la corrupción debido a los “favores” que la policía le hace a los delincuentes que quieren que las pruebas que los pueden incriminar sean excluidas para lo cual agradecen y recompensan que el policía “la embarre”. (Traducción libre; t.l.).

irrazonables y no porque eventualmente tales actuaciones pongan en riesgo inminente el privilegio contra la autoincriminación forzada. Ciertamente, consagra la cuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos:

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Como puede apreciarse, la adopción de la regla de exclusión aun desde sus primeras formulaciones no ha resultado pacífica en la comunidad jurídica norteamericana que, basada en el pragmatismo, durante más de un siglo de independencia continuó aplicando las reglas del *Common Law* privilegiando a toda costa el castigo del culpable, pero reconociéndole la posibilidad de ser resarcido si en la demostración de su culpabilidad se incurrió en excesos y trasgresiones a la ley y la constitución.

A pesar de los avances perceptibles en *Boyd vs United States*, en 1914 fue expedida la sentencia del caso *Adams vs New York* mediante la cual se retomó la regla tradicional de *Common Law* que pregonaba la admisibilidad de las pruebas del delito en poder del Estado, sin miramientos sobre el modo en que hubiere sido obtenida. En este nuevo pronunciamiento, la Corte Suprema rechazó la aplicación del precedente constituido por el caso *Boyd vs United States* al ocuparse de un supuesto en el que la policía de *New York* aportó a un juicio penal documentos extraídos de un registro domiciliario cuya fundamentación constitucional resultó dudosa. Así se expresa el fallo:

Aun admitiendo que los billetes de lotería y los materiales (relacionados con el juego) fueron confiscados ilegalmente, de todos modos no hay causa legal para oponerse a su admisión como pruebas (en el juicio). Si la autorización judicial de registro fuera ilegal, o si el agente de la policía que la ejecutase se extralimitase en su autoridad, la persona que emitió la autorización o el agente serán responsables por el ilícito; pero eso no es motivo para excluir los documentos confiscados como prueba si fuesen relevantes para la cuestión debatida, como en este caso lo eran sin lugar a dudas. Cuando se aportan documentos como prueba en juicio, el Tribunal no puede prestar atención a cómo fueron obtenidos, fuese legal o ilegalmente (*Adams vs New York* citada por Fidalgo, 2000, p. 49).

A pesar de tan sensible variación jurisprudencial, debido quizás a la dinámica propia del modelo jurídico angloamericano de construcción de las normas jurídicas a partir del juzgamiento de casos concretos, que sirve para dirimir una controversia puntual y al mismo tiempo obrar como referente para la resolución de eventos análogos, en 1924 se emitió la sentencia en el caso *Weeks vs United States* a través de la cual hizo su arribo formal al espectro jurídico norteamericano la regla de exclusión extraída de la cuarta enmienda a la Constitución de ese país (Fidalgo, 2000, p. 50).

En esa ocasión se trató de una investigación llevada a cabo por agentes federales y estatales relacionada con el uso del sistema de correo institucional para el transporte ilegal de billetes de lotería; durante la fase de investigación, los agentes confiscaron documentos y correspondencia en el marco de un registro domiciliario llevado a cabo sin autorización judicial previa, que posteriormente fueron incorporados al juicio, edificándose en ellos la declaración de culpabilidad por un Tribunal federal.

De acuerdo con el precedente válido a la fecha (caso *Boyd vs United States*), la solución del problema jurídico habría sido declarar la ilicitud de la confiscación de documentos privados

llevada a cabo sin orden judicial (catalogada como irrazonable por la cuarta enmienda) por poner en riesgo el privilegio ante la autoincriminación forzosa (quinta enmienda); sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió emprender un nuevo rumbo, amparada en el poder de supervisión sobre los Tribunales federales para la creación de normas jurídicas, del cual se hallaba revestida en los términos de la propia Constitución americana.

El ejercicio de tal poderío llevó a la Corte Suprema de Justicia a declarar la anulación de la decisión del Tribunal federal de admitir las pruebas aducidas por los agentes federales con violación de los derechos declarados en la cuarta enmienda, pues una decisión contraria conduciría a otorgarle validez a las actuaciones confiscatorias que carecen de autorización judicial previa; en consecuencia, por primera vez se señaló por la jurisprudencia norteamericana que la exclusión o rechazo de tales pruebas se basa en la necesidad de preservar los derechos constitucionales de la persona acusada (*Weeks vs United States*).

Adicionalmente, el caso *Weeks vs United States* planteó una cuestión nueva como la necesidad de determinar si la regla de exclusión resultaba aplicable a las actuaciones judiciales donde actuaran autoridades estatales, pues en principio las reglas generales fueron diseñadas para regular la actuación de agentes federales.

Esa distinción es relevante de acuerdo con el modelo jurídico y político de los Estados Unidos, caracterizado por la cesión de ciertos poderes al gobierno de la Unión de Estados por parte de cada uno de los Estados asociados, que conservan los poderes que no fueron cedidos a la Unión tal y como lo señala la décima enmienda; en este contexto, los derechos reconocidos por la *Bill of Rights* (carta de derechos) no corresponden al reconocimiento universal de derechos y garantías del ciudadano, sino que se configuran como una limitación a los poderes federales, que de esa forma ven recortado su radio de acción (Muñoz, 2006).

Así fue declarado en el caso *Twining vs New Jersey* de 1908 donde se puntualizó que las primeras ocho enmiendas a la constitución americana no vinculaban a los estados federados pues estaban orientadas a limitar el poder de las autoridades federales; por tanto, la transformación que significó el caso *Weeks vs United States* en materia de aducción inconstitucional de fuentes de prueba derivada de la cuarta enmienda se limitó al campo de las actuaciones federales, ya que los Estados conservaban la autonomía suficiente como para continuar la aplicación de la regla tradicional de *Common Law*, que, se reitera, fijaba el punto de atención de la prueba sobre su fiabilidad y contenido más que en su origen lícito o ilícito.⁵

A título de anotación marginal, valga señalar que la sentencia *Weeks vs United States* sirvió para que en 1949 (Caso *Lustig vs United States*) la Corte Suprema de los Estados Unidos hiciera famosa la doctrina de la “bandeja de plata” con la cual se pone de presente la ironía que implicaba la utilización de materiales ilícitamente obtenidos por agentes estatales en el marco de procesos penales estatales, cuando a nivel federal la regla aplicable era exactamente la contraria.

Siguiendo el rastro histórico de la regla de exclusión, debe registrarse que en el año 1920 fue expedida la sentencia *Sylvertorne Lumber & Co. Vs United States* que planteó nuevos retos a la Corte Suprema de Estados Unidos en esta materia, ya que se trató del caso de los representantes de una empresa vinculada a una investigación federal en cuyo desarrollo los agentes federales incautaron documentos privados incriminatorios sin orden judicial previa. En el juicio oral la empresa planteó la vulneración de su derecho a la propiedad privada con fundamento en la cuarta enmienda y el precedente *Weeks vs United States*, a lo cual accedió el Juez; por tanto, el Ministerio Fiscal procedió a devolver los documentos no sin antes proveerse de

⁵ Antes de la Sentencia *Weeks vs United States*, el único Estado que adoptó una regla de exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente en procesos penales estatales fue Iowa en la Sentencia *State vs Sheridam* en 1903, citada por Fidalgo (2000).

una copia de estos, que utilizó luego en un proceso basado en los mismos hechos ante el archivo del anterior, que se extinguió por insuficiencia del material demostrativo. En el nuevo juicio, el Juez ordenó a los dirigentes de la empresa la aportación de los documentos originales a lo cual, naturalmente, se negaron; ello aparejó la imposición de una sanción por desacato y, paradójicamente, fueron luego condenados.

Para este caso el precedente *Weeks vs United States* no resultaba aplicable pues el contenido de la cuarta enmienda no está dirigido a empresas o personas jurídicas sino a personas naturales, lo cual va mostrando las debilidades e inconstancias de aquel sistema jurídico en tratándose de la regulación de las garantías jurisdiccionales; ello refleja que la actuación de los agentes fue ajustada a las normas vigentes porque las restricciones y la reserva judicial prevista en la cuarta enmienda para la práctica de registros, confiscaciones y arrestos no estaban dirigidas a empresas.

Había una dificultad adicional: en 1906 la misma Corte Suprema había declarado que los directivos de empresas no estaban cobijados por el contenido de la quinta enmienda referida al privilegio contra la incriminación (*Caso Hale vs Henkel*, 1906) y, por tanto, no se hallaban legitimados para invocar esa garantía para negarse a declarar o aportar documentos en calidad de agentes de tales compañías en procesos en que estuvieran vinculadas aquellas.

Bajo este panorama, la Corte Suprema de Justicia comenzó por redefinir el contenido de la cuarta enmienda haciendo extensivos sus efectos a las corporaciones, procediendo por esa vía a anular la condena que había sido impuesta contra la empresa al constatar el carácter irrazonable de los hallazgos probatorios realizados por fuera de las provisiones constitucionales.

Adicionalmente, el caso *Sylverthorne Lumber & Co. Vs United States* permitió la configuración de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol

envenenado), equivalente a la teoría del efecto reflejo de la prueba ilícita⁶; pero en honor a la verdad, debe decirse que este precedente también creó una de las primeras excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, como lo es aquella prueba obtenida a través de una fuente independiente. Al respecto, señala el Juez ponente Oliver Wendell Holmes: “La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte, sino que no sea utilizado en absoluto” (Fidalgo, 2000, p. 58).

Fidalgo (2000) critica la postura de la Suprema Corte y hasta la califica como un “bello espejismo” el pasaje transcrito, por considerar que parte de un presupuesto errado pues la cuarta enmienda no prohíbe la obtención de material probatorio en forma alguna, sino que solo tiene por objeto la protección del derecho a la intimidad, sin señalar expresamente las consecuencias de su vulneración; además, indica este autor que la solución consistente en la exclusión del material probatorio es apenas una posibilidad entre muchas otras, que fueron exitosamente aplicadas durante más de un siglo conforme a la tradición del *Common Law* (p. 58).

Siguiendo el análisis histórico, resulta interesante referir la sentencia de 1921 del caso *Gouled vs United States* que se ocupó de la regla de exclusión, pero desde una perspectiva eminentemente procedimental; en este caso, la Corte admitió la posibilidad de que el acusado reclamara la devolución de los documentos privados incriminatorios de los cuales fue despojado subrepticamente por agentes estatales durante una diligencia de registro ilegal por ser realizada sin orden judicial anterior.

De acuerdo con el precedente *Adams vs New York de 1914*, la alegación sobre la restitución de los documentos debía formularse en la fase previa al juicio; no obstante, la Corte

⁶ Así se señala expresamente en la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional.

advirtió que solo durante el juicio el acusado se percató de la maniobra de apoderamiento ilícito de los documentos, razón por la cual permitió la reclamación en sede de juicio oral.⁷

De manera coincidente, en la misma fecha del caso *Guoled vs United States* la Corte emitió la sentencia en el caso *Amos vs United States* donde se declaró que un alijo de whisky confiscado de manera ilegal en el domicilio del acusado durante la ley seca también debía ser excluido del proceso penal por virtud de la cuarta enmienda, con lo cual se extendió el efecto hacia elementos probatorios diversos a los documentos privados, conjurando de esa forma las críticas que se habían suscitado.

Finalmente, en el caso *Byars vs United States* (1927) la Corte Suprema replanteó parcialmente la tesis de la bandeja de plata al pronunciarse sobre un caso donde la investigación fue llevada a cabo por agentes federales y estatales. Pronto, la Corte advirtió que los agentes federales instrumentalizaron a sus colegas de nivel estatal para obtener material probatorio que habría sido objeto de exclusión si hubiera sido recolectado por los primeros en las mismas circunstancias. Para corregir semejante despropósito, la Corte aplicó la regla de exclusión, aunque sin modificar la distribución de las competencias entre las autoridades federales y estatales, manteniendo incólume la doctrina trazada desde el caso *Weeks vs United States* sobre el equilibrio entre ambos niveles de autoridad.

A mediados del Siglo XX se produce la sentencia *Wolf vs Colorado* a través de la cual la jurisprudencia comienza a extender el ámbito sustantivo de la regla de exclusión en la medida en que empieza a considerarse que la cuarta enmienda de la constitución ostenta un contenido

⁷Este precedente puede ser de gran utilidad en el ordenamiento jurídico colombiano para fundamentar la legitimidad de un reclamo por exclusión de prueba ilícita durante el juicio oral, con posterioridad a la audiencia preparatoria del juicio. Ello sería aplicable siempre que la ilicitud se advierta en el juicio, pues de lo contrario se abriría lugar una reclamación extemporánea y por tanto, ilegítima.

material que trasciende al modelo político federativo de la nación y, por tanto, deviene aplicable en los ordenamientos internos de los Estados asociados. Bajo este entendimiento, *Wolf vs Colorado* es el antecedente próximo de la sentencia *Mapp vs Ohio*, que implicó el ingreso definitivo de la regla de exclusión al ámbito de los procesos penales estatales.

En efecto, la problemática planteada en la sentencia *Wolf vs Colorado* estuvo directamente ligada con el ámbito de aplicación de la cuarta enmienda a nivel estatal, lo cual aparejó una auténtica modificación de la estructura constitucional norteamericana en donde ha estado profundamente arraigada la cultural federal, precedente fundamental para comprender el contexto histórico, político y jurídico de la regla de exclusión.

La ponencia en dicha sentencia estuvo a cargo del Juez *Frankfurter* y los hechos relevantes giran en torno a la comisión de irregularidades en la obtención de una autorización judicial para realizar registros en un inmueble donde se llevaban a cabo abortos ilegales, conducta sancionada por el Estado de Colorado; el problema jurídico planteado en la decisión fue:

¿Es la condena de un Tribunal estatal por un delito estatal una denegación del <proceso debido según ley> requerido por la decimocuarta enmienda, solamente porque ciertos materiales probatorios admitidos en la fase decisoria fueron obtenidos en circunstancias que los hubiesen hecho inadmisibles en un proceso penal por violación de una ley federal ante un Tribunal <Federal> por considerarse que concurría una violación de la cuarta enmienda tal y como fue aplicada en *Weeks vs United States?* (*Colorado vs. United States*).

Para contextualizar la decisión, debe tenerse presente que la decimocuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos de Norteamérica establece en su sección primera:

Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida.

Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

La trascendencia de esta enmienda radica en que introdujo el concepto de debido proceso legal y está dirigida a los Estados federados, los cuales estaban sujetos a tales prescripciones mediante el establecimiento de una cláusula de seguridad e igualdad ante la ley; sin embargo, cada Estado conservaba la autonomía legislativa y jurisdiccional necesaria para delinear sus procedimientos internos (Muñoz, 2006).

En la sentencia *Wolf vs Colorado* la Corte Suprema reinterpretó este esquema al señalar que la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda ostenta un contenido material en el ámbito de la carta de derechos, que viene a constituir un límite y un referente para la autonomía de los Estados. A pesar de semejante declaración, que implicaba una nueva configuración del sistema político y jurídico, la sentencia puntualiza que no todo el contenido de la *Bill of Rights* se extiende a los Estados, sino únicamente el núcleo esencial de las garantías a la intimidad de la cuarta enmienda, por estimarse que tal núcleo formaba parte esencial de la libertad, pilar fundamental de la asociación nacional apelando a esta fórmula: “la seguridad de la intimidad individual frente a intrusiones arbitrarias de la Policía – lo que constituye el núcleo de la cuarta enmienda – es básica en una sociedad libre” (*Wolf vs Colorado*).

De lo anterior emerge que la sentencia *Wolf vs Colorado* si bien declaró el efecto vinculante de la cuarta enmienda a los Estados, dejó en manos de estas organizaciones políticas territoriales la definición de los mecanismos e instrumentos que formarían parte del debido

proceso, así como la adopción de los remedios aplicables ante la vulneración de las garantías constitucionales, dentro de las cuales se cuenta, por supuesto, la regla de exclusión.

Como corolario de lo anterior, la configuración de la regla de exclusión en la sentencia *Wolf vs Colorado* no corresponde al reconocimiento de un derecho ni a su categorización como componente esencial de la garantía prevista en la cuarta enmienda, sino como un remedio por el cual optar ante la verificada infracción de la mencionada protección constitucional de acuerdo con las políticas internas de cada Estado.

Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales muestran que la regla de exclusión no gozaba de aceptación integral en la comunidad jurídica estadounidense pues buena parte de los Estados rechazaba su aplicación en virtud a los principios esenciales del sistema federal; también se observan posturas decididamente favorables a la misma como aquellos votos disidentes de los jueces *Douglas, Murphy y Rutledge*, que en la sentencia *Wolf vs Colorado* consignaron que los remedios alternativos resultaban ineficaces e inadecuados para el tratamiento de las violaciones constitucionales en la práctica probatoria.

Para la década de los años 50 la Corte Suprema de Justicia daría pasos más firmes en el propósito de extender el contenido de la cuarta enmienda a los Estados federados, y con ella la regla de exclusión.

En 1952 se conoce la sentencia *Rochin vs California* que sirvió de escenario perfecto para avanzar hacia la amplificación de la exclusión en el marco constitucional “aprovechando” la gravedad de las irregularidades que se pusieron al descubierto en ese caso. En efecto, se trató de una información allegada por medios anónimos que daba cuenta de que el señor *Antonio R. Rochin* traficaba ilícitamente con drogas, ante lo cual tres agentes policiales del Estado de California decidieron ingresar a su domicilio sin orden judicial atendiendo que la puerta de acceso se hallaba abierta. Una vez en el interior del inmueble, accedieron a la habitación principal

y encontraron al sospechoso en compañía de su esposa; ante semejante irrupción, el señor *Rochin* se llevó a la boca dos capsulas que estaban sobre una mesa, acción que generó un forcejeo con los policiales, quienes intentaban forzarlo a escupirlas. Al ver frustrado su cometido, los agentes esposaron al sospechoso y lo trasladaron a un centro médico donde le fue suministrada una solución emética en contra de su voluntad; evacuadas las capsulas, se acreditó que correspondían a morfina, tras lo cual se adelantó el respectivo proceso penal ante un Tribunal californiano.

Rochin fue declarado culpable del delito de posesión de sustancias estupefacientes, declaración judicial que se basó en el material probatorio encontrado, el cual resultó admisible puesto que las normas del Estado de California le asignaban valor a tales probanzas con base en su poder de convicción sin importar el modo en que fueron obtenidas, sin perjuicio de las acciones civiles de carácter indemnizatorio, e incluso de carácter penal, que se dirigieran contra los agentes por las conductas en que hubieran podido incurrir.

El Tribunal Supremo del Estado de California confirmó la decisión condenatoria a pesar de advertir expresamente que los agentes incurrieron en los delitos de agresión y detención ilegal previstos en la ley penal, conductas que no obstante su ilicitud, no afectan la fiabilidad y poder demostrativo de los materiales hallados en el cuerpo del acusado. Esta nueva decisión se basa formalmente en el precedente *Wolf vs Colorado* donde la Corte Suprema de Justicia extendió a los Estados el contenido de la cuarta enmienda, pero les reservó la potestad de establecer los mecanismos y remedios aplicables para conjurar su vulneración.

Sin embargo, este nuevo caso resultaba especial porque presentaba unos niveles muy elevados de vulneración de las garantías constitucionales declarados por la propia Corte Suprema (derivadas de la cuarta enmienda) en su función de intérprete máximo de la constitución de Estados Unidos, motivo suficiente como para emprender la labor de generalizar a nivel estatal el

carácter vinculante de la regla de exclusión y por esa vía, proceder a la anulación de la sentencia de condena.

No obstante, en aras de la precisión debe señalarse que en esta ocasión la Corte Suprema se basó en el concepto de *due process clause* (cláusula debido proceso) de la decimocuarta enmienda, señalando que si bien cada Estado goza de autonomía para definir el contenido de los procedimientos internos, la estructura federal impone la vigencia de unos límites materiales -en términos de decencia- a tales actuaciones, dentro de los cuales se cuentan las limitaciones a los poderes públicos impuestos por la cuarta enmienda (protección contra registros, confiscaciones y arrestos irrazonables que no se funden en causa probable).

Se consideró entonces que conductas que implicaron el ingreso arbitrario al domicilio con base en información no verificada, y lo más grave y sensible, obtener elementos probatorios de manera forzosa del cuerpo del acusado constituyen una violación a la cuarta enmienda; adicionalmente, tales violaciones se asemejaron a una confesión forzosa que contraviene la sexta enmienda, argumento adicional para repudiar la admisión del material obtenido en tan deplorables circunstancias.

No obstante, dicha postura de la Corte Suprema no estuvo exenta de críticas pues se consideraba que la cláusula de debido proceso legal adolecía de suma vaguedad; al decir de autores como Rothwak “aunque somos una democracia, hemos deferido estas cuestiones (sobre las quebras y deficiencias del sistema legal) a nuestros sumos sacerdotes (los jueces), que nos explican el significado de nuestra biblia (la constitución)” (*Rochin vs California*).

En una especie de aclaración de voto concurrente, relacionada con el ámbito de poder auto – asumido por la Corte sobre las autoridades estatales, el Juez Black señaló: “no existe provisión constitucional expresa que otorgue a los jueces el poder de invalidar cualquier Ley

estatal de cualquier clase por considerarla <irrazonable> o contraria a la noción de la decencia civilizada de la Corte” (*Rochin vs California*). También el Juez Douglas expresó:

Los materiales probatorios obtenidos (en este caso) serían admisibles en la mayoría de los Estados en los que la cuestión ha sido planteada. Según revelan las sentencias recogidas en los repertorios oficiales, los únicos Estados que probablemente excluirían los materiales probatorios serían *Arkansas, Iowa, Michigan y Missouri*. Sin embargo, la Corte ahora dice que la regla que la mayoría de los Estados han elaborado violas las <decencias de una conducta civilizada>. No puedo estar de acuerdo con esto. Es una regla formulada por Tribunales responsables con Jueces tan sensibles como nosotros a los estándares apropiados para la administración de justicia (*Rochin vs California*).

No obstante la amplitud de los planteamientos dogmáticos de la sentencia, es necesario señalar que de acuerdo con la misma, la regla de exclusión solo sería aplicable a casos límite, esto es, de extrema gravedad que lleguen a “golpear la decencia” en los términos de la misma Corte; por tanto, para la mayoría de supuestos que involucren violaciones a las enmiendas cuarta, quinta, sexta y decimocuarta seguiría vigente la doctrina sentada en *Wolf vs Colorado* que estableció un sutil equilibrio entre las autoridades estatales y federales para la adopción de los remedios ante la verificada vulneración de las garantías constitucionales, dentro de los cuales la regla de exclusión era solo una opción a contemplar.

Por ostentar un profundo contenido constitucional pero al mismo tiempo limitar su eficacia a casos límite, la aplicación de la doctrina sentada en *Rochin vs California* estuvo restringida dos años después en el caso *Irvine vs California*, en el cual se abordó un hecho donde unos agentes policiales ingresaron subrepticamente al domicilio de un sospechoso e instalaron

micrófonos de los cuales derivaron interceptaciones telefónicas con contenido incriminatorio vinculadas a conductas delictivas relacionadas con el juego.

Evidentemente, el caso planteaba la trasgresión de la cuarta enmienda que justamente tiene como objeto proteger al ciudadano frente a las confiscaciones, registros y arrestos irrazonables. Para entonces, de acuerdo con el recuento anterior, existían dos probables soluciones: Respetar la libertad de configuración interna de cada Estado en cuanto a la determinación del remedio aplicable ante tal anomalía constitucional, conviniendo en la admisibilidad de la prueba de acuerdo con *Wolf vs Colorado*, o aplicar directamente la regla de exclusión extendiendo sus efectos a nivel estatal derivada de la doctrina sentada en *Rochin vs California* ante hechos que lacerasen la conciencia social.

Pese a ello, en este caso la Corte Suprema se decantó por una solución particular al considerar que la policía estatal de California obró mediante engaños frente al acusado con el fin de obtener material probatorio, circunstancia que dista de la violencia física verificada en el caso *Rochin vs California* y bajo tal óptica, se concluyó que no había lugar a anular la condena impuesta por los Tribunales federales.

Se colige, entonces, que para ese momento histórico la regla de exclusión basada en la vulneración de la cuarta enmienda solo tenía cabida si la obtención de material probatorio se llevaba a cabo mediando violencia física por parte de los agentes policiales. Como anota Fidalgo (2000):

Sin embargo, en *Irvine vs California* se hizo patente la división interna de la Corte Suprema con respecto a la exclusión de la regla de exclusión y la posibilidad de su imposición a los Estados. Cuatro jueces de la Corte Suprema se opusieron frontalmente a la lectura restrictiva de *Rochin*, y fue solamente el voto particular

concurrente del juez Clark el que hizo posible alcanzar la necesaria mayoría de cinco miembros (p. 76).

Quizá debido al temor de exonerar a un culpable y el sentimiento de injusticia e impunidad que subyacen en la determinación de aplicar la regla de exclusión, la Corte Suprema mantuvo hasta ese momento una posición blanda frente a la exclusión, habida cuenta del fuerte rechazo que este remedio generaba en la comunidad jurídica norteamericana.

A similares razonamientos acudió la Corte Suprema al decidir el caso *Breipthaupt vs Abram* (1957) que se ocupó de juzgar al conductor de un vehículo que causó un accidente de tránsito donde fallecieron tres personas; el herido conductor fue llevado a un hospital donde el médico le extrajo una muestra de sangre mientras se hallaba inconsciente, atendiendo las instrucciones de los agentes de policía que asumieron la investigación, quienes sospechaban ingesta alcohólica. Examinada la muestra, se acreditó que el conductor se encontraba bajo el efecto de una intoxicación etílica aguda, pieza probatoria que fue determinante en la declaración de culpabilidad por el delito de homicidio involuntario (culposo o imprudente). Al revisar el caso, la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la declaración de culpabilidad negando, en consecuencia, la aplicación de la regla de exclusión bajo la consideración de que:

No hay nada brutal u <ofensivo> en el hecho de tomar una muestra de sangre cuando se hace, como en este caso, bajo la mirada protectora de un médico. Está claro que el conductor estaba inconsciente cuando se tomó la muestra de sangre, pero la ausencia de consentimiento consciente, sin más, no convierte necesariamente la toma de la muestra en una violación de un derecho constitucional (*Breipthaupt vs Abram*).

Y agrega: “Un análisis de sangre realizado por un técnico competente no es <una conducta que golpea la conciencia> ... ni un método de obtención de materiales probatorios que ofenda el sentido de justicia” (*Breipthaupt vs Abram*).

Por supuesto que esta sentencia no estuvo exenta de debate al interior de la Corte Suprema, ya que tres Jueces expresaron su inconformidad con la decisión y abogaron por la aplicación extensiva del precedente *Rochin vs California*, señalando que en ese caso la ausencia de consentimiento del acusado permitía la aplicación inmediata de la exclusión probatoria. Además, apuntaron lo siguiente, que da cuenta del nivel de polarización existente en ese momento al interior de la Corporación, refiriéndose también al precedente *Rochin vs California*: “En ninguno de los dos casos nos preocupa la cuestión de la culpabilidad o inocencia. El único problema es si el procedimiento estuvo manchado por una violación de los derechos constitucionales del acusado” (*Breipthaupt vs Abram*).

En 1956 la Corte se ocupó de un caso similar al anterior, diferenciado solo en la inexistencia de víctimas fatales y en el hecho de que la muestra de sangre fue obtenida sin el consentimiento (aunque sin resistencia física) del sospechoso de manejar bajo efectos de alcohol, conducta sancionada por el Estado de California; por tal motivo, se planteó ante la Corte Suprema la anulación del procedimiento y la sentencia por vulneración de las enmiendas cuarta (registros irrazonables), quinta (autoincriminación forzosa), sexta (derecho a la asistencia de abogado) y decimocuarta (debido proceso de ley). La Corte Suprema no atendió el reclamo constitucional con base en lo siguiente: En principio, reconoció la vulneración de la cuarta enmienda por cuanto el registro corporal y la obtención de la muestra fueron producto de la detención sin orden judicial; no obstante, se juzgó que la decimocuarta enmienda no fue violentada por cuanto el estado de alicoramiento del acusado era evidente, cuestión que impide catalogar como irrazonable el procedimiento policial ya que la invasión corporal fue estimada

como inofensiva, a más de resultar no exigible la orden del juez ante el pronto desvanecimiento etílico; por tanto, no resultaba aplicable la tesis enarbolada en *Rochin vs California*. De manera que en esta ocasión la Corte introdujo mayores restricciones a la regla de exclusión amparada en un hecho considerado como notorio (ingesta alcohólica) que liberaba a las autoridades de observar el procedimiento constitucional.

También en 1956 surgió el caso *Rea vs United States* en el que la Corte volvió a ocuparse del espinoso asunto de la articulación de los poderes estatales y federales. El caso vincula una investigación criminal llevada a cabo por agentes federales quienes incautaron varias dosis de marihuana, actuación que permitió formular el *indictmen* (auto de procesamiento) por el delito de adquisición de sustancias estupefacientes. Llama la atención que, en la fase intermedia o preparatoria del juicio oral, ante la solicitud del acusado el Tribunal declaró la exclusión de la droga de la actuación procesal por estimar que su aducción se llevó a cabo contrariando los preceptos de la cuarta enmienda, ya que la orden judicial carecía de precisión en cuanto al objeto de apoderamiento, a más de no fundarse en causa probable y en información suministrada sin prestar juramento. De ese modo, frente a la sustracción procesal de la principal prueba de cargo, el Tribunal declaró el sobreseimiento federal (archivo) de la causa atendido al pedido del Ministerio Fiscal. Por el influjo de ese complejo reparto de competencias estatales y federales tan arraigado en el esquema estadounidense, los mismos hechos sirvieron de base para la apertura de una investigación a nivel estatal por la configuración del delito de posesión ilícita de estupefacientes en el ordenamiento interno del Estado de Nuevo México, que originó la detención y juzgamiento del sospechoso.

En este nuevo trámite penal la acusación se fundamentó en el testimonio de los agentes policiales que llevaron a cabo la incautación del alijo, elemento no disponible por haber sido retenido por el Tribunal federal que había sobreseído a ese nivel el asunto; ante semejante

proceder, la defensa del acusado solicitó al Tribunal federal que emitiera una prohibición a los agentes policiales de prestar declaración pues ello entrañaba una vulneración de las garantías consagradas en la cuarta enmienda, pedido que fue atendido en última instancia por la Corte Suprema de Justicia, que procedió al sobreseimiento definitivo del proceso penal estatal.

Aunque no lo menciona de manera expresa, en este caso la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos aplicó la doctrina del fruto del árbol envenenado al declarar la exclusión de un material probatorio que en forma directa resultó lesivo de las garantías constitucionales; como consecuencia de esa primera vulneración, se prohibió a los agentes federales rendir declaración sobre la confiscación al considerarse que tal declaración llevaba implícita una extensión de la inconstitucionalidad. Podría entonces sostenerse que *Rea vs United States* marcó el inicio en serio de la doctrina del fruto del árbol envenenado a pesar de que la mayoría insiste en ubicar su origen en la sentencia *Sylvestrhone & Lumber Co.* de 1920⁸.

En 1960 sale a la luz la sentencia *Elkins vs United States* que versó sobre el juzgamiento de una conducta delictiva de interceptación y divulgación ilegal de comunicaciones telefónicas. Durante la actuación se admitió como prueba una grabadora y varias cintas contentivas de las conversaciones interceptadas, dispositivos que fueron obtenidos sin acatar los parámetros previstos en la cuarta enmienda. Las actuaciones investigativas fueron realizadas por agentes estatales, circunstancia que permitió la aplicación de la *sylver platter doctrine* formulada en *Weeks vs United States*⁹; en consecuencia, se declaró la admisibilidad de los instrumentos

⁸ Así se señala en la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional.

⁹ La doctrina mayoritaria indica que tal derogación se produjo en la Sentencia *Mapp vs Ohio* de 1961, entre ellos la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional. No obstante, el contenido concreto de *Elkins VS United States* reformula completamente la *sylver platter doctrine*.

probatorios pese a reconocerse que en su obtención se incurrió en violación de la cuarta enmienda, resultado de lo cual se produjo la condena del acusado.

En esta ocasión la Corte determinó abolir la doctrina de la bandeja de plata procediendo a anular la condena bajo el criterio de que deben ser excluidos los materiales probatorios adquiridos por agentes estatales mediante actos violatorios de la cuarta enmienda, como si hubiesen sido llevadas a cabo por agentes federales en el marco de actuaciones de similar linaje, siempre que el acusado formulara la respectiva solicitud dentro de las oportunidades procesales apropiadas.

Para finalizar este recorrido histórico, necesario resulta hacer referencia a la sentencia *Mapp vs Ohio* de 1961 que marca el punto de mayor altivez en el desarrollo de la regla de exclusión en el contexto de la jurisprudencia norteamericana, pues con ella se entronizó en el sistema penal de ese país como la única y legítima respuesta frente la vulneración de derechos y garantías constitucionales al interior de procesos penales estatales o federales, que vino a sustituir definitivamente el precedente *Wolf vs Colorado*.

La investigación giró en torno a la actuación de la Policía del Estado de Ohio que estaba tras de un sospechoso de delitos de terrorismo y posesión ilícita de armas y explosivos; por información de un colaborador, la policía arribó a un inmueble donde se suponía que se ocultaba el responsable de un atentado reciente, a más de creerse que en el inmueble se hallaba gran cantidad de armas y explosivos. Los agentes fueron atendidos por la Señora *Dolly Mapp*, quien luego de conversar telefónicamente con su abogado, negó el ingreso al inmueble desatando la ira de los sabuesos, quienes procedieron a cercar la vivienda. Luego de tres horas, los policiales golpearon nuevamente a la puerta de acceso al inmueble y al no obtener respuesta inmediata, procedieron a forzarla. Una vez adentro, la Señora *Mapp* exigió la exhibición de la autorización judicial para el registro. Los agentes le mostraron un documento de contenido indeterminado que

fue tomado por la ocupante del bien, quien lo escondió en su pecho. De inmediato los uniformados reaccionaron y forcejearon con la señora tratando de recuperar la supuesta orden judicial; logrado el cometido, procedieron a esposarla. Reducida así la voluntad de la víctima, se llevó a cabo una exhaustiva revisión de la vivienda en búsqueda del material bélico, sin lograr ningún resultado; en su lugar, escondido en un baúl encontraron libros, revistas y material pornográfico, conducta reprimida por la legislación estatal de Ohio.

Como corolario de lo anterior, la investigación por terrorismo y conexos sufrió un cambio trascendental, resultado de lo cual la Señora *Mapp* fue condenada por un Tribunal estatal por el delito de posesión de material obsceno, condena que fue anulada por la Corte Suprema de Justicia a partir del establecimiento del régimen general de la regla de exclusión. La condena de la Señora *EMapp* se explicaba porque el estado de Ohio no había adoptado la regla de exclusión como criterio sancionador de la actividad investigativa que transgrediera garantías constitucionales en procesos penales, siguiendo al efecto las directrices de la misma Corte Suprema que dejaba en libertad a los Estados para la configuración de las respectivas consecuencias; por tanto, la admisibilidad del material pornográfico fue el fundamento esencial de la declaración estatal de culpabilidad.

Originariamente el caso no versaba directamente sobre la *exclusionary rule* sino sobre la incompatibilidad de la conducta penada por el Estado de Ohio (posesión de material obsceno) con la libertad de expresión plasmada en la constitución americana¹⁰, lo cual constituyó la base y el eje sobre el cual giró la argumentación defensiva; sin embargo, la Corte omitió pronunciarse sobre la cuestión sustancial y se ocupó de resolver la problemática referente a la exclusión del

¹⁰ Fidalgo (2000, p. 92) comenta que al ser preguntado por el Tribunal por si era su deseo derogar el precedente *Wolf vs Colorado*, el abogado defensor cándidamente respondió que no conocía dicha sentencia.

material probatorio obtenido mediante procedimientos violatorios de la cuarta enmienda, actitud que ha sido cuestionada por un sector de la doctrina que califica la decisión como “sorpresiva, tomada sobre la marcha, en base a motivaciones políticas más que en argumentaciones jurídicas” (*Mapp vs Ohio*). En idéntico sentido, Thomas y Pollack señalan:

No creemos que sea coincidencia que la Corte eligiese *Mapp* como el vehículo para derogar un precedente tan reciente (*Wolf v Colorado*) y para llegar a un resultado destinado a ser impopular ante los tribunales estatales, la policía y muchos políticos (Thomas & Pollack, 1993).

En relación con el fundamento constitucional de la regla de exclusión señaló la Corte Suprema que se trata de una “Salvaguarda disuasoria clara, específica y constitucionalmente exigida – aunque de forma implícita – sin cuya vigencia la cuarta enmienda habría sido reducida a simples palabras, agregando que era el privilegio constitucional más importante de los contenidos en la cuarta enmienda”. (*Mapp vs Ohio*)

Desde ese momento, la regla de exclusión se transformó pasando de ser considerada como una simple regla de derecho probatorio a una garantía implícita derivada de la cuarta enmienda de la constitución de Estados Unidos de Norteamérica.

Como era apenas plausible, la irrupción de esta nueva dogmática constitucional no estuvo exenta de cuestionamientos expresados por la doctrina y por algunos miembros de la propia Corte Suprema de Justicia de ese entonces.¹¹

En efecto, en su voto particular discordante formulado por los jueces Harlan, Frankfurter y Whittaker se plasmó que:

¹¹ La Sentencia *Mapp vs Ohio* fue aprobada por 5 votos contra 4.

Lo que la Corte está haciendo ahora es imponer a los Estados no sólo estándares sustantivos federales sobre registros, arrestos y confiscaciones, sino también el remedio básico federal para la violación de esos estándares. Y es que la mayor dificultad a la que se enfrenta la teoría de que la cuarta o la quinta enmienda requieren directamente la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas es la ausencia de fundamento textual en la constitución (*Mapp vs Ohio*).

En el mismo sentido, autores como Rothwax señalan que:

Los partidarios de la regla (de exclusión) no pueden citar ni una sola declaración relevante del tiempo de los Padres Fundadores – ni siquiera del período de la reconstrucción – que apoye la exclusión de materiales probatorios en los juicios penales en base a la cuarta enmienda. De hecho, en el siglo posterior a la independencia de la nación, la idea de exclusión parecía tan ilógica que prácticamente nunca fue planteada por los acusados en los procesos penales (J.J. Rothwax, Citado por Fidalgo. p. 42).

A pesar de haber adoptado la regla de exclusión como máximo Tribunal de cierre, las críticas al instituto procesal arrecieron a partir de la sentencia *Mapp vs Ohio* pues como pone de presente Fidalgo:

La crítica intensa a la regla de exclusión no comenzó hasta que la regla se aplicó a los Estados a través de *Mapp vs Ohio*, un caso que, por la radicalidad de su contenido, sólo radicalizó las posiciones y amplió dramáticamente el alcance de un debate que no se encerraba dentro de los ámbitos judicial, político y doctrinal, sino que a través de los medios de comunicación alteraba los ánimos de una sociedad atemorizada por el crecimiento rampante de la criminalidad y la

sensación de indefensión frente a la aparente incapacidad de las fuerzas de seguridad para hacer frente a la crisis. (2000).

1.3 El panorama actual.

Hasta la actualidad, la regla de exclusión se rige por el precedente *Mapp vs Ohio* tanto en el nivel federal como en el estatal, siendo reconocida como una conquista de la civilidad frente a los embates de los miembros de la fuerza pública encargados de la investigación de delitos, quienes históricamente han caído en la tentación de violentar las garantías constitucionales bajo el pretexto de luchar contra la criminalidad y basar la administración de la justicia en la verdad, así su consecución obligue al empleo de métodos poco apegados a la ley.

Sin embargo, continúa existiendo reticencia por parte de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia por aplicar la regla de exclusión en toda su extensión, tal como se hace patente en el caso *Hudson vs Michigan* de 2006¹², en el que se negó la supresión de los elementos de prueba hallados tras un registro domiciliario ilegal¹³. Se consideró por parte del Juez ponente *Scalia* que el efecto disuasivo de la regla de exclusión en tal evento resultaba inaplicable como quiera que “Los intereses protegidos por el requisito de llamar y anunciar¹⁴ son bastante diferentes, y no incluyen la protección de evidencia potencial de los ojos del gobierno”.

Ello por cuanto la finalidad de la regla de llamar y anunciar tiene como propósito el de proteger a los agentes frente a eventuales represalias de quienes habitan el domicilio pues esta

¹² 547 US 586 (2006).

¹³ Se demostró el incumplimiento de la cláusula de tocar y entrar cuando se ingresa a un bien aun con orden emanada de autoridad competente.

¹⁴ Derivado de la Cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

regla "nunca ha protegido ... el interés de uno en evitar que el gobierno vea o tome evidencia descrita en una orden judicial". Y agrega:

La exclusión de pruebas siempre ha sido utilizada como último recurso, y no como primer impulso. El principio de exclusión genera sustanciales costes sociales – *United States v. Leon*- que en algunas ocasiones incluyen la puesta en libertad de gente culpable y peligrosa (*Hudson vs Michigan*).

Remata la jurisprudencia señalando:

Otro cambio que ha tenido lugar a lo largo del último medio siglo y que afecta a las alegaciones en cuanto a la infracción de derechos civiles es la creciente profesionalización de las fuerzas policiales, incluyendo un nuevo énfasis en la disciplina policial interna [...] actualmente existen evidencias notables de que las fuerzas policiales a lo largo de la nación se toman muy en serio los derechos constitucionales de los ciudadanos [...] Más aún, las fuerzas policiales están integradas por profesionales; no es creíble afirmar que la disciplina interna, que puede cercenar carreras exitosas, no tenga efectos disuasorios. Hay igualmente evidencias que el uso creciente de varias formas de actuación ciudadana pueden conllevar la responsabilidad de la policía (*Hudson vs Michigan* de 2006).

Otra pieza jurisprudencial que muestra el estado actual de la regla de exclusión es el caso *Herring v. United States* (555 US 135 [2009]), donde se indica:

La jurisprudencia establece que tal supresión no es una consecuencia automática de una violación de la cuarta enmienda, sino que el tema se centra en la culpabilidad de la policía y en la potencial de exclusión para excluir actuaciones irregulares de esta (*Herring vs United States*).

Corolario de ello es que:

Cuando existe una orden con base en una causa probable basada en presupuestos razonables pero equivocados, la persona frente a quien se emitió dicha orden no ha sido necesariamente sujeto pasivo de una violación constitucional. La misma redacción ‘causa probable’ confirma que la cuarta enmienda no exige una total precisión” (*Herring v. United States*).

También se deja expresa constancia de la tendencia expansionista de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión al ponerse de presente que “ulteriormente hemos ampliado tales consideraciones a las actuaciones practicadas sin orden judicial pero realizadas al amparo de una norma posteriormente declarada inconstitucional” (*Herring v. United States*).

A título de conclusión, la regla de exclusión en el sistema jurídico de Estados Unidos de Norteamérica no fue una norma construida a partir de la reflexión teórica o dogmática de los cultores de la ciencia jurídica, sino el fruto de un proceso histórico matizado por discusiones políticas y jurídicas que se puede clasificar en dos grandes periodos.: 1. La época de la vigencia plena de las reglas del *Common Law* que perduró desde la independencia de las colonias americanas de la Corona británica por más de un siglo, sistema que privilegia la fiabilidad de la prueba en relación con la inocencia o la culpabilidad al margen de su origen, previendo consecuencias en los ámbitos civil, administrativo, disciplinario y hasta penal frente a las intromisiones inconstitucionales en la órbita de los derechos ciudadanos para los agentes perpetradores de las violaciones; y 2. La fase del desarrollo de la institución a partir de 1914 que paulatinamente se fue insertando en el sistema procesal penal gracias a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, aunque en ocasiones con carácter zigzagueante pues la abolición de las reglas de *Common Law* no se llevó a cabo de un solo acto.

Sin embargo, la historia de la cláusula de exclusión es también la historia de sus limitantes, pues a la par que avanzaba el moldeamiento de la figura, surgieron casos de excepción que fueron consolidándose como verdaderos espacios de realización probatoria ilegítima, temática que será abordada en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

En el anterior capítulo se dejó planteado que, casi de manera simultánea con el surgimiento de la regla de exclusión, la jurisprudencia norteamericana le fue dando forma a causales de excepción que permiten la incorporación de medios cognitivos afectados de ilicitud, cuyo ingreso al componente probatorio del juicio se justifica por razones de muy variada índole.

Corresponde en adelante abordar la descripción de tales criterios excepcionales, laborío que exige tomar como punto de referencia dos presupuestos, a saber: 1. En primer lugar, que estas excepciones no se aplican a las pruebas que en forma directa trasgreden los derechos fundamentales, ya sea en su fase de recolección o incorporación al juicio. La razón es que desde los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan al Estado colombiano, esas agresiones carecen de toda eficacia legal y, lo más trascendental, no admiten excepciones de ningún linaje¹⁵; 2. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, esas excepciones solo

¹⁵ El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: en su numeral 3 que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha son coacción de ninguna naturaleza”. Por su parte, el artículo 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura establece: “Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”.

tienen cabida en tratándose de pruebas que tienen su origen en una prueba ilícita, es decir, aquellas que puedan catalogarse como derivadas.

De consiguiente, previo al abordaje de cada uno de los criterios de excepción a la exclusión como la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable, se hace necesario desarrollar la tesis norteamericana según la cual, el remedio legal ante la ilicitud, consistente en la exclusión de la prueba, no solo cubre el medio de prueba que directa y frontalmente está manchado de inconstitucionalidad, sino que también se extiende hacia los medios de conocimiento que derivan de estas, dando lugar al denominado efecto reflejo de la prueba ilícita.

2.1 El efecto reflejo de la prueba ilícita.

Cuando un medio de prueba resulta afectado con vicios de ilicitud porque en su aducción, búsqueda o práctica se quebrantaron injustamente derechos fundamentales del acusado o de terceros, en principio esa sola prueba debe ser objeto de separación por parte del Juez, ya que se considera que la presunción de inocencia no puede desvirtuarse mediante pruebas ilegales, tal y como se desprende del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (González i Jiménez, 2014).¹⁶

¹⁶ ¿Acaso la ausencia de responsabilidad penal podría ser declarada con bases en pruebas ilícitas? Una Sentencia del Tribunal Supremo español citada por González i Jiménez, A. (2014) señala: “La STS 2114/1994 del 9 de junio, sin que conste número de recurso, plantea esta tesis: Si de una prueba nula, porque se ha practicado, como en este caso, con vulneración de determinados derechos, pudieran nacer argumentos de defensa, es evidente que podrán utilizarse si de ella se obtenía una consecuencia favorable al inculcado, por ejemplo, en la diligencia de registro que se declara nula se constata la inexistencia de la droga o las armas que se buscaban”.

Empero, si esa consecuencia procesal se limita exclusivamente al medio de prueba ilícito, se corre el riesgo de que la información recolectada de un modo opuesto a los derechos humanos pueda ser replicada o reproducida a través de otros medios de prueba aparentemente legítimos, escenario en que se tornaría definitivamente inane y carente de sentido la inicial exclusión del material ilícito. De ahí que se haya optado por extender los efectos de la ilicitud probatoria, es decir, la exclusión, a todos aquellos medios de convicción que, aunque formalmente válidos, tienen su origen en una prueba ilícita, al juzgarse que esa especie de “virus congénito de la prueba” que es la ilicitud, se reproduce o incuba en todos aquellos instrumentos de conocimiento que se derivan de aquella.

Entonces, la regla de exclusión comprende por vía de ejemplo, no solo la confesión que se obtiene mediante tortura, tratos crueles o inhumanos, o bien mediante el desconocimiento de las garantías universales que rodean este medio de prueba, sino que además abarca los medios probatorios subsiguientes que contengan referencia explícita o implícita a la información extractada de forma anticonstitucional, o a los cuales solo pudo arribarse gracias a la existencia de la confesión ejemplificada.

Expuesto lo anterior, resulta interesante rastrear la jurisprudencia nacional en torno a la configuración del concepto de prueba ilícita por derivación, con el ánimo de ir mostrando la problemática que subyace a la importación de la *exclusionary rule* en la forma en que se realizó en el sistema procesal colombiano, esto es, sin previa decantación, con desconocimiento de la tradición jurídica y de una forma absolutamente inconsulta.

La Corte Constitucional postuló una fórmula para identificar las pruebas derivadas en estos términos de la sentencia C-591 de 2007:

Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son

las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.¹⁷

De esta suerte, se estiman como derivadas aquellas pruebas que constituyen el colofón razonable de la práctica de una prueba ilícita, ya que entre estas milita un nexo causal cierto, tangible, palmario y explicable con el solo empleo del raciocinio judicial sin que sea menester formular elucubraciones o construcciones jurídicas de mayor complejidad, atendiendo exclusivamente a los parámetros del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.

A pesar de proporcionar claridad a la noción estudiada, consideró la Corte Constitucional en la misma sentencia que:

... los artículos 23 y 455 desarrollan dentro del margen de configuración del legislador el artículo 29 de la Carta, ordenando la exclusión no sólo de las pruebas ilícitas directas, sino de las derivadas de ésta. En este sentido, el artículo 455 establece criterios para analizar si una prueba realmente se deriva de otra y por eso se enmarca dentro de lo preceptuado por la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2007).

Allí mismo expresó el Tribunal:

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y las demás que

¹⁷ Hace referencia al descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado.

establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2007).

En concepto de la Corte Constitucional, los institutos jurídicos de la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable no son excepciones a la admisibilidad de pruebas obtenidas con vulneración de las garantías fundamentales, sino que más bien se erigen en criterios legales para establecer el carácter derivado de una prueba en relación con otra que es catalogada como prueba ilícita, aserto que carece de toda fundamentación lógica al desatender los presupuestos epistemológicos de la doctrina del árbol envenenado o efecto reflejo de la prueba ilícita, esto es, las razones y postulados en que se apoya la exclusión de pruebas surgidas de una prueba ilícita (o varias), produciendo una desconexión total entre el objeto de la figura y las funciones que está llamada a cumplir en el ordenamiento jurídico.

En efecto, desde sus orígenes en la jurisprudencia norteamericana se comprendió que la prueba proveniente de una fuente independiente no deriva de aquella otra ilícita, lo que sí acontece con el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado, cuya proximidad con la prueba ilícita es protuberante y ello explica su inclusión dentro del catálogo de las pruebas excluidas; no obstante, terminan por admitirse con pie en razones de otra índole, como tendrá ocasión de exponerse más adelante.

Se ignora en qué momento se perdió de vista que, unas son las pruebas derivadas de las ilícitas conforme al artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, y otras, distintas, son las pruebas ilícitas por derivación que no obstante esta condición, no se excluyen por ministerio del artículo 455 ibidem porque provienen de una fuente independiente, ora porque ostentan un vínculo atenuado o, en fin, les resulta aplicable la regla del descubrimiento inevitable.

En suma, para identificar una prueba derivada basta con revisar su origen haciendo abstracción de los criterios vertidos en el artículo 455 del estatuto procesal penal, pues estas se hallan gobernadas por el artículo 23 del mismo Código que dispone:

Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Emerge evidente el yerro interpretativo en que incurre la Corte Constitucional en tanto que los criterios a que alude el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal no tienen como propósito determinar el carácter derivado de un medio de prueba, sea o no ilícito, sino que su único cometido es entronizar a nivel legal los criterios excepcionales que por cerca de 100 años ha venido labrando la jurisprudencia norteamericana. El objetivo de esa norma es servir como cedazo a la exclusión de las pruebas derivadas porque aquí se parte de la base de que, en efecto, las pruebas son derivadas de una ilícita actividad probatoria y, por ende, comparten la mácula de inconstitucionalidad; es decir, (sin que importe reiterarlo) la ponderación de criterios referida en el artículo 455 se hace sobre pruebas ilícitas por derivación que es su verdadera naturaleza jurídica.

Ocurre que, por cuestiones de política criminal, el legislador ha considerado que no todas las pruebas derivadas deben ser objeto de exclusión constitucional y por eso introdujo al ordenamiento la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable, confiriéndose a sí mismo autorización para importar nuevos casos de excepción en la medida en que lo estime oportuno, o se vayan produciendo en la jurisdicción del norte, o en otros contextos.

La razón para excluir las pruebas derivadas estriba, para el caso colombiano, en que resulta inaceptable que el proceso penal produzca rendimientos de carácter probatorio al Estado cuando sus funcionarios han desconocido los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque sea de una forma mediata como en el evento de las pruebas derivadas que, la mayoría de veces, no son más que formas veladas de reproducción del material excluido.

Esa confusión entre las nociones de prueba derivada y prueba ilícita por derivación condujo a la Corte a señalar que, para establecer la existencia del nexo causal entre la prueba ilícita y la que se reputa como derivada, el Juez ha de "...entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito" (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2007).

Sobre el particular, cabe anotar que la pretendida ponderación entre, por una parte los derechos fundamentales de la persona procesada y los derechos de las víctimas y terceros, y de otro lado, el deber estatal de represión, resulta más formal que material pues bajo el conocido expediente de combatir la impunidad, aunado a los rezagos de aquel régimen autoritario y déspota que privilegia el hallazgo de la verdad real sin reparar en los medios que se empleen para tal fin, terminará por permearse el sistema procesal colombiano permitiendo que el respeto de los derechos fundamentales se reduzca a una mera proclama sin ningún carácter vinculante.

Naturalmente, existe la tendencia (que se intensifica en ciertos contextos de mayor presión social como en el caso del terrorismo, los delitos que afectan la seguridad ciudadana, entre otros) a preferir "el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito" sobre la tutela real de los derechos fundamentales de la persona sujeta a la persecución penal, pues los fines del Estado son superiores a los del individuo en sí mismo considerado, según se ha hecho ver en los últimos tiempos.

En la misma la sentencia C – 591 de 2005 la Corte intentó una solución semejante a la propuesta; empero, concedió finalmente patente a los criterios excepcionales en mención, como se ve en este apartado:

Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2007).

Hasta este punto la armonía es perfecta pues la Corte interpreta con buen tino y amplitud el artículo 29 Superior y, en consecuencia, las pruebas derivadas son calificadas como ilícitas. Sin embargo, desvía el juicio al adelantar que:

En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2007).

Con base en todo lo expuesto, al menos tres (3) reparos puntuales pueden formularse frente a la concepción jurisdiccional:

- a) De un lado, olvida la Corte que una prueba emanada de una fuente independiente no es prueba derivada y por tal razón carece de sentido aquella

argumentación de “fuente separada, independiente y autónoma” plasmada en la mencionada sentencia.

La prueba que en verdad (no solo formalmente) proviene de una fuente independiente es una prueba inmaculada, limpia que nada tiene que ver con la prueba ilícita y, por tanto, extraña a la cláusula o regla de exclusión.

b) Las pruebas derivadas, aunque con “vínculo atenuado” comportan una ilicitud intrínseca consistente en la lesión de derechos fundamentales y por ende, es también inconstitucional en su aducción o hallazgo.

c) La Corte se abstiene de pronunciarse sobre las pruebas que obedecen a un “Descubrimiento Inevitable” por alguna razón, que pronto aflorará en este texto.

Jamás debe perderse de vista ni olvidarse que en la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales al interior del proceso penal no basta con ungirlos y proclamarlos en bellos pasajes legales, doctrinales y jurisprudenciales puesto que la retórica las más de las veces sucumbe ante lo tozudo de los acontecimientos y lo reiterativo de las infracciones al debido proceso por parte de las autoridades jurisdiccionales. De ahí que haya de celebrarse y aplaudirse la disposición irrigada en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal en cuya virtud merecen ser expulsadas del proceso penal además de las referidas en el artículo 29 Constitucional, aquellas que “sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia” pues acoge las exigencias de la doctrina universal de regular los efectos reflejos de la prueba ilícita y abrirle procedencia en el derecho interno a la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (De La Rúa, 2002).

En definitiva, la regla de exclusión no se limita a confinar las pruebas que por sí mismas son violatorias de los derechos fundamentales, sino adicionalmente aquellas otras que se derivan,

nacen, se originan, proceden y, en fin, resultan de aquellas, con lo cual adquiere una magnitud realmente trascendente y de hondo calado que la acreditan como una de las grandes instituciones de garantía en el régimen de la Ley 906 de 2004.

Realmente, allí radica la genuina importancia de la *exclusionary rule* pues ningún beneficio reportaría el garantismo procesal penal si, de un lado, se pregona la exclusión de las pruebas ilícitas, pero al mismo tiempo se permite permear el proceso mediante la reproducción de pruebas ilegítimas a través de cauces aparentemente legales¹⁸.

Por vía de ejemplo, si se retira del acervo probatorio una confesión efectuada por la persona procesada sin la presencia y asesoramiento de su defensor, pero simultáneamente se permite el ascenso de los elementos del delito hallados por razón de una diligencia de allanamiento surgida de la información proporcionada por el desprotegido confesante, en puridad ninguna labor se cumple en beneficio de los derechos fundamentales y por el contrario, se permite impunemente¹⁹ la obtención de utilidades de talante probatorio allende su desconocimiento.

Como se ve, el legislador patrio se inclina por un sistema probatorio caracterizado por la necesidad de proteger las garantías constitucionales de los ciudadanos y en esa consideración, erigió como norma rectora del procedimiento penal la exclusión de todas las pruebas ilícitas sean ellas directas, ora derivadas como les nomina la jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea, impidiendo que la prueba inicial ilícita surta efecto en el proceso.

¹⁸ Si se quiere, podría hallarse algún fundamento mediato del efecto reflejo de la prueba ilícita en la Biblia: “Así todo árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por su fruto lo conoceréis”. Mateo (7:17-20).

¹⁹ Es decir, sin consecuencias procesales y probatorias dentro del proceso penal. Para el sistema procesal colombiano la sanción el agente que incurre en vulneración de derechos constitucionales no constituye una respuesta a dicha trasgresión, pues esa consecuencia puede aplicarse o no teniendo en cuenta el carácter fragmentario y selectivo del derecho penal.

Curiosamente, así lo ha reconocido la Corte Constitucional al postular en la sentencia C – 591 de 2005 que “...en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales”.

Concepto que coincide con el Tribunal Supremo Español que declaró:

La prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma...sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que éstas pudieran ser valoradas en un determinado sentido... (así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado...). (Sentencia del 29 de marzo de 1990).

Más que justificada se encuentra la regulación de los efectos reflejos de la prueba ilícita a través de la exclusión probatoria como ha podido verse; no obstante, permítase la inclusión del comentario del célebre profesor español Gimeno (1996) que de seguro encajará perfectamente en el esquema procesal colombiano:

Si ponderamos que la mayoría de los supuestos prácticos de prueba ilícita acostumbran a producirse en la fase de investigación o de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba, y que en un momento posterior han de transformarse en medios probatorios practicables en la fase del plenario, no cabe más que concluir admitiendo los efectos reflejos de la prueba prohibida. Y ello porque, de no ser así, es claro que el declarar ilícita una fuente de prueba carecería de toda eficacia práctica, habida cuenta que siempre podría reproducirse a través de otra fuente de prueba o de un medio probatorio derivados de la fuente ilícita, de tal modo que resultaría inoperante el efecto disuasorio de la declaración de ilicitud (Gimeno Sendra, 1996).

Revisando el asunto con perspectiva de derecho comparado, en la Sentencia SU-159 de 2002 la Corte Constitucional expresó lo siguiente en relación con las pruebas derivadas:

En Estados Unidos la regla general es que la exclusión de la prueba primaria también se extiende a la prueba derivada. Dicha regla es sustentada en un precedente de 1920 en el cual se concluyó que no era posible emitir una orden perentoria (*sub poena*) para que por una vía legal posterior sean entregadas a un gran jurado piezas probatorias (libros y documentos de la compañía) que ya habían sido incautadas de manera ilícita.²⁰ En dicho fallo la Corte sentó la regla general, invocando la Cuarta Enmienda. Dijo: “la esencia de una disposición que prohíbe la obtención de evidencia por cierta vía es no sólo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una corte sino que no sea usada de ninguna manera (Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002).

El reto consiste, bajo ese entendido, en identificar el origen de la prueba que se considera derivada de otra que es catalogada como ilícita, pues solo de esa manera se podrá dosificar adecuadamente la medida y extensión del castigo procesal que entraña la exclusión, garantizando que no se aplique en contornos en los cuales carece de procedencia y justificación partiendo de la base de que el codificador procesal adopta la decisión de extender la barrera de protección de los derechos fundamentales en el proceso penal y con ello, espolvorea el antídoto de la exclusión sobre las pruebas derivadas, las cuales se pueden identificar a través de dos (2) criterios, a saber:

1. La relación o nexo de causalidad con la prueba ilícita; y
2. La posibilidad de explicación de la prueba a partir de la prueba ilícita.

²⁰ Como *Silverthorne Lumber v. U.S.* (1920) 251 US 385. Se trató de un writ of error contra una sentencia que impuso una multa a la compañía Silverthorne Lumber por desacato y que condenó al señor Silverthorne a prisión por el mismo hecho.

En sana lógica, estos criterios expresan idéntico presupuesto epistemológico: La proximidad de una fuente de conocimiento con otra que se aparta del plenario por ser ilícita.

En esa disposición normativa sobre la categoría de las pruebas derivadas subyace la concepción del legislador sobre la investigación de conductas que ostentan caracteres delictivos, la cual es entendida como una actividad dinámica y progresiva que comienza con la formulación de una hipótesis que se va sometiendo a verificación o descarte en la medida en que paulatinamente se recaudan elementos materiales probatorios, información y evidencias, siguiendo al efecto los presupuestos del método científico hasta consolidar la hipótesis de mayor probabilidad.

En ese entendido, un elemento de persuasión conduce a otro; este a otro y así sucesivamente hasta conformar toda una cadena de información en la cual cada eslabón aporta un insumo en la escala del conocimiento, para en su conjunto arribar al cumplimiento de los estándares probatorios que el sistema procesal establece para llevar a cabo los actos que impliquen afectación de derechos fundamentales en la indagación, la formulación de imputación y luego la acusación, hasta producirse el acto decisorio definitivo sobre la responsabilidad penal en el escenario del juicio oral.

Lo anterior supone que todos los medios de conocimiento que integran una investigación penal tienen un origen común, esto es, una pista inicial que marca el comienzo de la pesquisa a la manera de una piedra angular que indica, señala, muestra y edifica el camino a seguir para acreditar la ocurrencia del hecho, la identificación de los autores y/o partícipes y en últimas, la responsabilidad del acusado, según se miren las cosas desde la óptica del acusador.

Es posible que a menudo ese cimiento inicial se torne imperceptible debido al surgimiento de medios cognitivos más relevantes y de mayor trascendencia que muestran la conducta punible en toda su dimensión, que a medida que revelan el hecho van minimizando la importancia al vaso

comunicante primitivo hasta el punto de convertirlo en una mera referencia, o producir su extinción total o parcial como fuente pertinente de información.

A pesar de la claridad y lógica en que se sustenta el modelo anterior, es factible colegir que no siempre las indagaciones criminales adoptan ese perfil causalista, debido a que algunos medios probatorios llegan al conocimiento del investigador de manera independiente, de suerte que no siempre resulta plausible establecer nexo o vínculo alguno con otro medio preexistente en la actuación, evento en el cual se dificulta en grado sumo su categorización como prueba derivada.

Un claro ejemplo de lo expuesto estaría constituido por el testigo que espontáneamente acude a las autoridades jurisdiccionales a rendir declaración sobre un hecho del cual tiene información, sin que hubiere sido citado o requerido, habiendo concurrido porque, por ejemplo, en medios de comunicación se conoció la apertura de la investigación y optó por contribuir al esclarecimiento de los hechos.

Otro ejemplo de lo aseverado es lo expuesto en el supuesto analizado en la Sentencia SU-159 de 2002 donde la Corte Constitucional reconoce:

Cierto es que la información periodística sobre la existencia de una grabación en la que dos ministros de Estado –uno de ellos el peticionario- conversaban sobre la adjudicación de una serie de emisoras en frecuencia modulada en el año de 1997, constituyó la noticia criminal que puso sobre aviso a las autoridades competentes acerca de la posible comisión de un hecho punible (Corte Constitucional, Sentencia SU-159 e 2002).

Sin embargo, el nexo inicial de esa probanza con el resto del material probatorio fue disipado en esta forma:

Así, la noticia sobre una conversación que fue ilícitamente grabada sólo sirvió como información general para la apertura de un proceso de indagación en el que la certeza sobre la comisión del hecho punible –el interés ilícito en la celebración de un contrato en el que incurrió el accionante- se fundó en pruebas “documentales, testimoniales e inspección judicial”²¹ inconexas con el contenido de la grabación y lícitamente decretadas y practicadas por los funcionarios competentes con el propósito de esclarecer el proceso de adjudicación por contratación directa de una emisora de radio en frecuencia modulada²² (Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002).

Al respecto cabe preguntarse ¿Cómo es posible hablar de falta de conexidad del material probatorio en que se fundó la declaración de responsabilidad penal con la prueba inicialmente conocida y que fue excluida por estimarse lesiva del derecho fundamental a la intimidad, cuando se reconoce desde el inicio que la prueba ilícita es la fuente de la noticia criminal? Evidentemente todo el material demostrativo tiene su origen en la prueba considerada ilícita y lo que se hizo en la actuación procesal subsiguiente fue modificar las fuentes de conocimiento en medios formalmente válidos como indagatorias, testimonios y demás, con lo cual se reprodujo por medios diversos la información ilícita obtenida al inicio.

Lo acontecido en esa pieza jurisprudencial es una muestra evidente del altísimo costo que implica asumir la regla de exclusión en el proceso penal colombiano en todo su esplendor, esto es, expandiendo sus efectos a la prueba derivada de la ilícita por cuanto la Administración de Justicia en tal ocasión no asumió el reto de proteger los derechos fundamentales de las personas

21 Cfr. folio 3 de la Resolución de Acusación expedida por la Fiscalía General de la Nación.

22 Cfr. folio 18 de la Resolución de Acusación expedida por la Fiscalía General de la Nación.

en serio, a pesar de la gravedad e impacto social de las conductas punibles que el material ilícitamente obtenido permitió descubrir.

Idéntica tendencia jurisprudencial se aprecia en la providencia A-227 de 2007 de la Corte Constitucional mediante la cual se estudió una petición de nulidad de una Sentencia de Tutela emitida por la misma Corporación, que había avalado la declaración de responsabilidad penal emitida contra un servidor público por delitos asociados a corrupción proferida por la Corte Suprema de Justicia, donde se reconoció expresamente el carácter ilícito de la grabación de una conversación privada en la que participó el acusado.

Sobre la noción de pruebas derivadas, en tal ocasión señaló la Corte:

El interrogante anterior²³ ha sido tradicionalmente resuelto a partir de un símil de la jurisprudencia norteamericana que alude al fruto del árbol envenenado - “fruits of the poisonous tree”²⁴-. Esta tesis propugna la anulación de todas las pruebas del acervo procesal como consecuencia de la presencia de una prueba ilegítima en el proceso. En su concepción más radical, todo el contenido probatorio del proceso estaría viciado de nulidad como consecuencia de la existencia de una prueba ilegal o inconstitucional.

No obstante, la tesis del fruto del árbol envenenado no es de aceptación jurisprudencial, por lo menos en su presentación más extrema. En primer lugar, la propia doctrina norteamericana ha venido moderándose como consecuencia de la

23 Hace referencia a la cuestión de, si por existir una prueba ilícita, el proceso penal en que se inscribe deba anularse inexorablemente.

24 Caso *Nardone v. U.S.* (1939) 309 U.S 338. Ponencia del Justicia Felix Frankfurter.

admisión de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tales como el vínculo atenuado²⁵, la fuente independiente²⁶ y el descubrimiento inevitable^{27, 28}.

La jurisprudencia nacional, por su parte, ha dicho que la presencia de una prueba ilícita en el proceso no contamina inexorablemente el resto del material probatorio y tampoco necesariamente todas las pruebas que de alguna u otra forma tengan nexos con aquella. En la pluricitada Sentencia SU-159 de 2002 la Corte sostuvo que la corrupción de las pruebas procesales por causa de una prueba ilícita no es automática, por lo que es necesario revisar la dependencia de las mismas en cada caso concreto (Corte Constitucional, Auto A-227 de 2007).

Con nitidez se observa que la Corte funde en una misma corriente las teorías del fruto de árbol envenenado y la manzana podrida en el cesto de frutas, o al menos concibe esta última como una versión extrema de la primera, con lo cual se desconoce el devenir histórico de ambas reglas y los alcances de cada uno en el sistema probatorio; tal confusión llevó a la Corte Constitucional en la Sentencia T-233 de 2007 (que constituyó el objeto de examen de la providencia A-227-07) a avalar la apreciación de pruebas derivadas de una grabación ilícitamente

²⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nardone vs. United States*, 308, U.S. 388 (1939).

²⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Silverthorne*, 251 U.S. 385 (1920).

²⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

²⁸ Sentencia SU-159 de 2002 “En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: *doctrina de la atenuación*, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; *la doctrina de la fuente independiente*, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; *la doctrina del descubrimiento inevitable*, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y *la doctrina del acto de voluntad libre*, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada”.

y por tanto, excluida del acervo probatorio por la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación, bajo la consideración de que se trataba de pruebas independientes, autónomas e inconexas cuando evidentemente se estaba en presencia de pruebas que tienen un innegable y ostensible origen en la grabación espuria, aunque formalmente adopten otras expresiones²⁹, tal y como ocurrió en la Sentencia SU-159 de 2002.

Estas reflexiones conllevan a concluir que la clasificación que intenta formular el legislador colombiano entre pruebas directamente ilícitas y pruebas derivadas de estas, no es absoluta y por tanto, no siempre es posible ubicar en un caso concreto los medios de prueba en una u otra categoría, aspecto que se erige en un serio obstáculo por rebasar al momento de tomar partido por la elongación de la exclusión probatoria.

Desde otra perspectiva, la genealógica, es importante reiterar que el mecanismo de extensión de la ilicitud probatoria fue empleado por primera vez en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en la sentencia *Sylvertorne Lumber & Co. Vs United States* proferida en 1920, recibiendo carta de naturaleza jurídica bajo la denominación *fruit of the poisonous tree* doctrine (doctrina de los frutos del árbol envenenado), que es el equivalente iberoamericano de la teoría del efecto reflejo de la prueba ilícita. Su formulación se dio en estos términos:

La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte, sino que no sea utilizado en absoluto (*Sylvertorne Lumber & Co. Vs United States*).

²⁹ En esta decisión se señala por parte de la Corte Suprema de Justicia que la declaración de responsabilidad penal no se basa en el video ilícitamente obtenido sino en la evaluación del “contexto” en el cual tuvo lugar la reunión y la entrega del dinero. Se pregunta ¿Si el video ilícitamente obtenido no es la prueba del contexto y la entrega del dinero, entonces cuál prueba válida e independiente lo es?

A partir de ese histórico acontecimiento jurisprudencial, la *exclusionary rule* dejó entrever que su propósito no se agotaba con la expulsión del material obtenido con base en irregularidades lesivas de los derechos constitucionales, sino que decididamente pretende extirpar la ilicitud de una manera radical comprendiendo todo el material que surja de la primera.

El devenir histórico de la figura mostró que, en principio, el fundamento de la exclusión se hizo residenciar en la *Bill of Rights* de la constitución americana no obstante las severas oposiciones fundadas en la inexistencia de una norma constitucional expresa que impusiera ese modo de obrar, aunado a la tradición heredada del *Common Law* en cuya virtud se adoptan otras medidas reactivas externas ante la lesión de intereses constitucionales, permitiendo en todo caso que la prueba cumpla su función esencial, esto es, llevar al convencimiento sobre la existencia de un hecho, o los predicados que sobre los mismos las partes formulan.

Quizá para paliar un poco el fuerte debate sobre su fundamentación constitucional, a mediados del siglo XX la regla de exclusión hallaría otro aliado de carácter mucho más pragmático como lo es el efecto disuasorio, que le permite justificar su operancia como una medida de prevención al advertir a los agentes encargados de la averiguación penal que la vulneración ilegítima de derechos tiene un coste procesal muy alto que implica la completa interdicción de la prueba así obtenida. Con razón el profesor Chiesa expone:

La regla de exclusión es una totalmente basada en consideraciones de política pública [*“policy” en la zona de justitia criminal*], sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad. De ahí el debate en torno a la necesidad o deseabilidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la enmienda cuarta. Los fundamentos de la regla son, en esencia, tres, a saber: 1) disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la

protección constitucional; esto es lo que se conoce por “deterrence”; 2) integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida; 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno (Chiesa Aponte, 2008).

A pesar del entusiasmo por difundir el mensaje de que la prueba ilícita no es solo la que vulnera directamente los derechos ciudadanos, la propia Corporación judicial americana le introdujo límites a la extensión sancionatoria por el sendero de establecimiento de la primera figura considerada como excepcional, esto es, la llamada fuente independiente

Como muestra de la inestabilidad de la *exclusionary rule* fruto de la permanente agitación del debate en torno a su procedencia, se otea que después de 40 años de evolución jurisprudencial se conoce la sentencia de 1963 de la misma Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Wong Sun vs U.S.*, mediante la cual se avaló la autoincriminación efectuada por un ciudadano con observancia de las normas legales, quien había sido liberado previamente al declararse la ilegalidad de su detención, al considerarse que una cosa es la detención ilegal y otra, totalmente ajena, es la confesión llevada a cabo con posterioridad con el cumplimiento de todos los requisitos de orden legal y constitucional.

A pesar del notorio nexo entre el hallazgo de material (pertinente para desvirtuar la presunción de inocencia, pero carente de idoneidad constitucional por trasgredir en forma arbitraria el derecho a la libertad) con la confesión (formalmente voluntaria y libre), la máxima Corte americana quiso entender que se trató de pruebas inconexas, contrariando el dato de realidad conocido en la actuación. Con razón concluye Miranda Estrampes (1999): “La historia de esta doctrina es la historia de una constante reducción y limitación de su ámbito de aplicación, pues a medida que se avanzó en su desarrollo, se fueron insertando limitantes de su eficacia”.

2.3 La fuente independiente.

El efecto sancionatorio de la regla de exclusión se disipa frente a medios de convicción que no reportan mácula de ilegalidad en el proceso de su obtención, práctica o aportación al proceso penal y además, ninguna relación ostentan con pruebas ilícitas. En otros términos, son medios de prueba puros, totalmente independientes y exentos de cualquier anomalía que permita motejarlos como irregulares, o bien ilícitos y por consiguiente, no se justifica desde ninguna óptica su interdicción procesal.

En esta hipótesis no se trata de una prueba derivada de otra ilícita debido a la ausencia de la necesaria relación de causalidad directa entre la prueba inicialmente lograda de modo ilícito y la prueba que de ella emana, de suerte que pueda aseverarse que esta última ha sido obtenida de forma completamente independiente y autónoma.

Como ya se anticipó, una de sus principales expresiones se remonta al año de 1963 en los anaqueles de la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica al juzgar el caso conocido como *Wong Sun v.s. U.S.*, cuando la judicatura avaló la autoincriminación efectuada por un ciudadano con observancia de las normas legales, quien se presentó voluntariamente en la comisaría de policía después de haber sido liberado tras la declaratoria de ilicitud respecto de su detención. Expuso la Corte Suprema de Estados Unidos que la declaración de culpabilidad (confesión) del sujeto involucrado en las diligencias penales es producto de una actuación ajena a la detención inicial y por tanto, no ostenta vicio de inconstitucionalidad que pueda afectarla y tornarla inadmisibles.

Otro caso paradigmático lo constituye el asunto *United States vs. Ceccolini* despachado en 1978, donde la policía perseguía a un maleante a partir de informaciones recaudadas en un

registro practicado a una floristería en forma ilícita; posteriormente, la propietaria del establecimiento comercial compareció ante las autoridades para testificar incriminando a su empleado, declaración que contó con absoluto respaldo de la jurisdicción del norte pues se consideró que el testimonio de la dueña de la floristería era el corolario necesario de una labor pesquisidora independiente, separada de los registros iniciales que fueron ilícitos por violentar ilegítimamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio y, por tanto, el nexo de causalidad era más aparente que real.

De acuerdo con la sentencia *Nix vs Williams* de 1984 el sustento de esta doctrina emerge

Del interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no en una peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia... Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación (*Nix vs Williams*).

Al respecto Luengo expone:

Este es el supuesto a que se refiere la jurisprudencia con la denominada doctrina de la “*independent source*”. Según esta doctrina, todas las pruebas que se hayan obtenido en virtud de datos o informaciones que no deriven de una prueba ilícita no quedarían privadas de eficacia. Y esto, incluso si se refieren a los mismos hechos que hubieran podido ser acreditados por la actuación en caso de haber sido lícita (Luengo, 2008).

A su turno, Martínez García (2003) reseña que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha decantado el siguiente criterio en torno a la fuente independiente y los alcances de la marginación probatoria:

El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada) con prueba independiente (sin conexión causal) (Tribunal Supremo español, sentencia, 4 de abril de 1997).

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre las pruebas derivadas de las ilícitas y las que no lo son, entre otras en la Sentencia del 8 de julio de 2004 donde señaló:

El inciso final del artículo 29 de la Carta Política y las normas que lo desarrollan, señala que tanto la estructura del Estado de derecho, como de la sociedad para la cual se consagra esencialmente, y de la administración de justicia, soportadas dogmática y orgánicamente en la Constitución, no admiten pruebas obtenidas con violación al debido proceso, instituido en defensa de derechos fundamentales y garantías ciudadanas, por consiguiente, exige la exclusión estricta de la ***prueba constitucionalmente ilícita*** (prueba principal) y, eventualmente, ***de la prueba derivada***, entendiéndose por tal aquella, con entidad igualmente ***constitucional***, de ninguna manera tenue a ***atenuada***, que tiene su fuente de conocimiento en dicha prueba básica y no en otra de carácter ***independiente***.

No tiene, pues, carácter de ***prueba derivada*** la prueba que tiene su arribo al proceso, inevitablemente, por ***otra vía lícita***, como tampoco la que obtiene su ***ratificación mediante el ejercicio libre de la voluntad*** del afectado, pues en tales eventos no

sufren los efectos expansivos de la prueba principal ilícita, por consiguiente, tienen validez suficiente para sustentar providencias judiciales (Sala de Casación Penal. Radicado 18451. Magistrado Ponente Dr. Herman Galán Castellanos).

Por las razones anotadas, en estricto sentido no es esta una salvedad al reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita o fruto del árbol ponzoñoso, toda vez que éste singular instrumento de convicción no encaja dentro de los supuestos regulados por el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal colombiano para hacer extensiva la separación probatoria. Errática se advierte, pues, su inclusión en el texto del artículo 455 *ibidem*, habida cuenta que a esta clase de pruebas no les es predicable la mancha de ilicitud por no ser derivada de aquellas obtenidas en perjuicio de los derechos fundamentales.

Debe enfatizarse en que la prueba es genuinamente independiente cuando la prueba directamente ilícita no es el presupuesto de su existencia, vale decir, cuando la información recolectada de modo contrario a los derechos humanos no conduce a otro medio de prueba que la corrobore, ratifique o complemente, como cuando en una interceptación obtenida sin orden judicial previa no se hace referencia a documentos, testigos o cualquier otro instrumento de convicción que luego es obtenido gracias a otro tipo de información que ninguna relación guarda con las escuchas ilícitas; igual acontece cuando la información revelada en desmedro del secreto profesional y sin consentimiento del titular de la misma (el cliente, la fuente, el feligrés, el paciente, entre otros supuestos previstos en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal) es obtenida a través de otros medios de prueba ajenos a esa reveladora declaración.

El problema que mayormente acaece con la fuente independiente radica en que, por esta vía -teóricamente inexpugnable- muchas veces se pretende darle apariencia de legitimidad a información intrínsecamente ilícita mediante la utilización de medios probatorios formalmente incuestionables, siendo ejemplo paradigmático de ello las referencias jurisprudenciales citadas

que le asignan a la confesión “voluntaria” una especie de poder suficiente para enervar la ilicitud inicial de las tareas investigativas.

En la citada Sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Radicado 18451 del año 2004 se encuentra un interesante análisis sobre el particular, que le permitió a la Corporación determinar el carácter derivado y no independiente de pruebas (testimonios e informes de investigadores) producidos con posterioridad al “rescate” del imputado, quien había sido amordazado, golpeado e introducido en el baúl de un vehículo por parte de sus agentes captores.

Reconoce la Sentencia que:

Pues bien, la confesión extraproceso expresada por ...ante los citados agentes, se obtuvo en las circunstancias que rodearon la aprehensión del inculcado, las cuales fueron descritas en el numeral 2.1 de la parte considerativa de esta providencia. Ese ligamen inmediato, entre lo manifestado por el inculcado y la actuación arbitraria de los integrantes de la Policía Nacional, convertían sus declaraciones, *ipso iure*, en frutos derivados “*del árbol envenado*”, por cuanto que al momento de privarlo de su libertad y durante las horas subsiguientes se le mantuvo en una casa fiscal, bajo amenazas, tratos físicos y morales degradantes de su condición humana, que repercutieron gravemente en su estado de ánimo, al punto de llevarlo desesperadamente a optar por lanzarse desde un segundo piso, poniendo en peligro su integridad y su vida, para huir de quienes lo habían privado de la libertad (Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Hermán Galán Castellanos).

A pesar de la gravedad de los acos de tortura y maltrato a que fue sometida la persona capturada y la exclusión de los medios probatorios obtenidos de tan ilícito comportamiento, las autoridades jurisdiccionales se negaron a anular la actuación procesal siendo este uno de los

supuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, justifican la nulidad del proceso tal y como se deriva de la Sentencia SU-159 de 2002. Por el contrario, con base en indicios contruidos sobre medios de prueba aparentemente independientes se sostuvo la declaración de responsabilidad penal, desaprovechándose una valiosa oportunidad para poner en funcionamiento la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en su real dimensión.

De ahí la necesidad de comprender rigurosamente que la conexión causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada no es un hecho, sino un juicio de experiencia construido desde el sentido común, la razón y la objetividad y no desde la validez externa de cada una de las pruebas tildadas como independientes.

Un auténtico ejemplo de prueba producida de manera independiente es el testimonio de las víctimas y personas que presencian un hurto cometido empleando armas de fuego, y con ocasión del mismo se produce el homicidio de una persona que intenta oponer resistencia al atraco, evento de no infrecuente ocurrencia en el suelo patrio. Por razones diversas a la subsunción del hecho en las hipótesis normativas de flagrancia (Como el excesivo término transcurrido para dejar a disposición del Juez de Control de Garantías a los capturados y/o el material encontrado, entre otros), finalmente la captura es declarada ilegal; con el devenir de la investigación, los testigos y víctimas comienzan a comparecer a declarar sobre los hechos, proporcionando información relevante para identificar a los autores y, por supuesto, esclarecer la ocurrencia del hecho.

En tal supuesto, la inicial afectación de las garantías que confluyen en derredor del derecho fundamental a la libertad (como el término para ser llevado ante el Juez) trae aparejada la ilicitud de la evidencia física encontrada en poder de las personas al momento de su detención, ya que la explicación del hallazgo es imposible ubicarla sin la detención ilegal. Sin embargo, el motivo de la declaratoria de ilegalidad no influyó ni fue determinante para que las víctimas y

testigos asistieran a declarar puesto que objetivamente no existe nexo entre la captura ilegal y el contenido de las atestaciones; por lo tanto, se podrá formular imputación y acusación, y hasta proferir sentencia condenatoria contra esas personas sin tener que basar esa declaración en el hallazgo del material hurtado, así como las pruebas técnicas practicadas sobre el cadáver.

El contexto de fundamentación de la prueba independiente implica que, para hablar de esta categoría necesariamente deben existir en la actuación procesal penal medios de prueba ilícitos, pues de lo contrario no existirá parámetro alguno a partir del cual se juzgue la vinculación o no de la prueba, esto es, sería imposible determinar o no su carácter de prueba derivada o ajena.

Corolario de lo expuesto es que no existen razones que justifiquen la consideración de la fuente independiente como una excepción a la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente, pues ha quedado demostrado que es una categoría de pruebas distinta que no ingresa a la actuación procesal como secuela de otra prueba, sino como expresión de la diversidad investigativa que, valga decirlo nuevamente, no se caracteriza por seguir inexorablemente una misma o única línea sino que en muchas ocasiones se despliega en muchos frentes para hallar los cimientos demostrativos de la responsabilidad penal.

2.3 El vínculo atenuado

La jurisprudencia norteamericana ha efectuado ingentes esfuerzos por limitar la eficacia de los efectos reflejos de la prueba ilícita, construyendo finos regímenes de excepción como aquel que conduce a la admisión de pruebas que, a pesar de derivar de una fuente ilícita, su antijuridicidad se estima un tanto disipada por otros instrumentos de conocimiento, así como por el influjo de otros elementos concurrentes.

En este evento, se reconoce la naturaleza derivada de la fuente de conocimiento pero se niega su retiro del acervo probatorio bajo la consideración de que la mancha de inconstitucionalidad se ofrece intrascendente, inane, mínima y casi inadvertida gracias al influjo de otras piezas probatorias; o bien al lapso transcurrido entre la prueba ilícita y la derivada, entre otras situaciones en las cuales ese vínculo no resulta tan palmario.

Al respecto, Becerra Mojica apunta:

Son presupuestos para la existencia de esta tipología de pruebas, los siguientes: (i) La existencia de una prueba nula; (ii) La existencia de una prueba que deriva de aquella y (iii) El carácter legal de la prueba derivada en su forma externa (Becerra, 2005).

A renglón seguido expone:

Casualmente la legalidad que informa la práctica de la prueba derivada opera como catalizador al debilitar el linaje nulo de la prueba, aunque sin llegar a extinguirlo porque jurídicamente es imposible. Se itera que el origen de la prueba es censurable desde la perspectiva constitucional, aun cuando la censura se va tornando lánguida hasta el punto de reducirse a su más mínima expresión y por tal razón, soslayable a la hora de apreciar el mérito de la prueba (Becerra, 2005).

Se trata de una figura ecléctica porque a pesar de pertenecer a la especie de las pruebas ilícitas por derivación, su llegada al proceso se muestra independiente por lo menos desde la perspectiva exterior aun cuando en su génesis se halla colmada de inconstitucionalidad, con lo cual parece identificarse con la fuente independiente; no obstante, su procedencia de un medio de prueba ilícito es el elemento que permite entender la distancia entre ambas figuras.

El escenario que con mayor fecundidad ha potenciado el desarrollo de esta excepción en el contexto de la jurisprudencia de Estados Unidos es el de las confesiones “voluntarias”

posteriores a las diligencias confiscatorias llevadas a cabo sin los requisitos legales pertinentes, donde se ha considerado que el reconocimiento del delito realizado en forma expresa, libre, voluntaria y rodeado de todas las garantías produce una especie de purificación del vicio inicial, al punto (extremo) de considerar que la declaración de responsabilidad penal no tiene basamento en el material ilícitamente confiscado, sino en la confesión del autor.

Expresión de ello es la sentencia *Wong Sun v.s. U.S* citada con antelación, donde se juzgaron estos hechos: Los agentes de narcóticos entraron ilegalmente a la lavandería de *Tony*, quien delató a un tercero llamado Jonny como su proveedor de narcóticos; guiados por esa información, los policías ubicaron a Jonny y encontraron la mercancía ilegal. *Tonny* hizo un trato para denunciar a su proveedor, *Wong Sun*. Los agentes luego arrestaron a *Wong Sun*. Todos fueron procesados, pero ante la ilicitud de las actuaciones investigativas fueron liberados. Varios días después, *Wong Sun* regresó voluntariamente a la estación de policía para hacer una declaración, durante la cual confesó su participación en del delito.

La Corte Suprema de Norteamérica consideró que el carácter voluntario de la confesión posterior del acusado debilita el evidente nexo causal que existe entre esta y la confiscación ilegal de la droga ilícita, por lo cual es factible sustentar la condena en aquella pesa al rechazo del material aprehendido y los testimonios de cargo.

Con base en ello, la doctrina considera que la excepción del vínculo atenuado en realidad constituye una especie particular de fuente independiente, en tanto existen elementos que marcan cierta distancia de la prueba ilícita con la derivada, tales como el paso del tiempo, la existencia de varios eslabones causales en la cadena investigación y la presencia de otras pruebas que tornen en mediata la relación de causalidad Gascón Abellán (2006).

Autores como el chileno Hernández exponen algunos elementos para detectar la procedencia de la excepción bajo estudio así:

“a) Proximidad temporal: este criterio indica que la prueba no tendrá nexo causal siempre y cuando, el tiempo que medie entre la ilicitud primaria y la prueba derivada sea mayor, esto es, si existe un menor lapso entre la causa ilícita y la prueba derivada existirá una mayor probabilidad de ser declarada nula; b) Extensión de la cadena causal: mientras más factores se presenten entre la prueba ilícita primaria y su derivada, existirá un mayor margen de posibilidad de que no se aplique la doctrina de los frutos del árbol envenenado, reduciendo el efecto disuasivo de la exclusión; c) Acto libre de voluntad: La intervención de un acto libre puede purgar el vicio, cuando la prueba derivada se obtiene por la decisión libre con la advertencia de las garantías y sus derechos y, decide renunciar a estas, se finaliza el vínculo entre la prueba primaria ilícita y la derivada; d) Gravedad e intencionalidad de la ofensa: la conducta de obtención de la prueba ilícita sea menos gravosa y dolosa y abreviando el grado de accidentalidad para su obtención, prosperaría en pleno el efecto disuasivo generalidad nulidad del elemento base y sus frutos; e) Naturaleza de la evidencia derivada: funda que dentro de los elementos materiales probatorios, existen elementos que constituyen pruebas, por una parte es más fácil sanear la prueba testimonial que una prueba documental, toda vez que el testimonio se puede obtener por la voluntad de las personas, mientras que los elementos deben ser incorporados por otros (Hernández, 2005).

De lo expuesto surge que la excepción de vínculo atenuado tiene como punto de referencia la existencia de, al menos, dos pruebas: una francamente ilícita que contraría los derechos constitucionales, y otra, que surge de aquella (derivada) pero ostenta una apariencia de legalidad por haber sido practicada conforme a la ley. En esas condiciones, el esfuerzo de la

jurisprudencia americana se ha concentrado en hallar razones que conduzcan a debilitar el nexo de causalidad para impedir que la prueba secundaria deba sucumbir como fruto de un árbol contaminado.

En ese empeño se ha echado mano de todo cuanto aparezca relevante: Que el sospechoso compareció luego a declarar en forma “voluntaria” y con todas las garantías pudiendo elegir no hacerlo; que el lapso transcurrido entre la producción de la prueba ilícita y la derivada es amplio (como si el paso del tiempo borrara lo ilícito); o bien que entre ambas pruebas se verifica la presencia de varios elementos probatorios que morigeran la proximidad; que no hubo dolo o intención en la vulneración constitucional o, habiéndolo, la afectación no es tan grave; y, finalmente, que la naturaleza objetiva del medio de prueba derivado permite por sí mismo ser saneado como cuando un testimonio es repetido corrigiendo los defectos de su práctica inicial.

De acuerdo con su pertinencia en el caso concreto, se selecciona el criterio que mejor justifique la no exclusión de la prueba, haciéndose allí patente la tendencia casi natural hacia la preservación de los resultados de la prueba ilícita, quizás debido al efecto psicológico que esta produce en la mente del operador judicial, aunado, cómo no, a la aparente necesidad de fundar la decisión en la verdad material así ello implique manipular la realidad con argumentaciones refinadas y artificiosas como aquella, según la cual, la confesión posterior y el paso del tiempo extinguen el vicio de inconstitucionalidad de la prueba

En el fondo estas argumentaciones no resisten un análisis desde los principios de la lógica formal, en especial los postulados de la identidad y la no contradicción que propenden por mantener la esencia de las cosas aún en condiciones extremas.

Ciertamente, de convenirse en que una confesión exteriormente válida extingue los vicios iniciales de la actuación investigativa se llegaría al absurdo de tener que darle validez a lo que fue objeto de exclusión, fingiendo que nunca existieron porque lisa y llanamente la confesión así lo

determina, como si este medio de prueba tuviera la preponderancia que tuvo en los sistemas inquisitoriales de la antigüedad y el medioevo, donde la actuación no tenía otro objetivo distinto al de acceder a ella, aún con métodos violentos y crueles.

Ahora bien, una confesión producida en el marco de una averiguación penal no es del todo libre pues siempre existe cierto nivel de compulsión derivada del talante intimidante de la persecución y la latente amenaza del uso del *ius puniendi*, luego, tampoco resulta razonable ni adecuado sobre valorar la voluntariedad de la confesión hasta el extremo, peligroso como todos, de hacerle producir efectos para los cuales no fue concebida.

En los tiempos modernos, la confesión no es ya el medio de prueba basilar y descollante del quehacer investigativo y procesal por cuanto, por muchas razones, esta ha dejado de ser confiable hasta el nivel de que, aun en casos de aceptación de cargos o allanamiento a la imputación, el Juez debe verificar que encuentre respaldo en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente allegada y, de resultar negativo el juicio de correspondencia, deberá negarse la validez de la aceptación ante la flagrante vulneración del principio - derecho de presunción de inocencia.

Un ejemplo interesante para revisar en el contexto nacional es el de las interceptaciones telefónicas, que es uno de los blancos favoritos de la prueba ilícita debido a la cercanía con la fuente de información por parte de los investigadores y la ausencia de controles reales, aunado a la infaltable corrupción que campea en la materia. Pues bien, la ilegitimidad de la interceptación no solamente puede fundarse en la inexistencia de la orden judicial previa y el control posterior en el mismo plano (que es la eventualidad de mayor frecuencia), sino que también es procedente el control de legalidad desde la perspectiva de los motivos fundados que potencian y justifican la intervención en el ámbito del secreto de las comunicaciones.

Si, en un caso se determina la insuficiencia de los motivos en que se apoya la orden de interceptación y de esa actividad se posibilita el hallazgo de otros medios de conocimiento como la ubicación de evidencias del delito, estos últimos serán claramente derivados

En aplicación del vínculo atenuado, debe examinarse qué tan fuerte y actual es el vicio de ilicitud del nuevo elemento probatorio surgido de la ilicitud de la orden judicial que afectó indebidamente el derecho a la intimidad, ya que conexión causal con la escucha ilegal es innegable.

Descartando la confesión y su pretendido efecto sanador de vicios de inconstitucionalidad, resta por analizar los restantes factores que han sido invocados para negar la exclusión de esa prueba derivada como la imputación subjetiva de la lesión y su misma naturaleza, esto es, si se trata de una vulneración leve o grave como por intentar categorizarla.

La problemática aquí debe contextualizarse en la medida que al interior del proceso penal se libra una permanente tensión entre, de un lado, el uso del poder punitivo para perseguir en diversos ámbitos que van desde la restricción a la libertad hasta la obtención coercitiva de medios de información, y de otro, la vigencia de los derechos y garantías ciudadanas en el marco de esa persecución. Lo curioso, llamativo y paradójico de la tensión es que los factores en permanente pugna deben convivir en la actuación sin aniquilarse recíprocamente pues, ni el poder penal puede tener legitimidad merced al avasallamiento de los ciudadanos, ni el garantismo puede aspirar a hacer nugatorio el poder del Estado ya que este se encuentra soportado en los cimientos políticos de la organización jurídica.

El punto de equilibrio consiste, entonces, en posibilitar el desarrollo del *ius puniendi* en una forma que asegure la efectividad de los derechos y garantías ciudadanas, de modo que si se va a condenar a un culpable se lo realice respetando el cúmulo de sus derechos, lo cual confiere legitimidad plena a la persecución y al castigo.

Desde este ángulo de observación, difícilmente se podría aceptar que la validez de un medio de prueba esté condicionada a la determinación del propósito lesivo del agente instructor o a su impericia, negligencia o falta de cuidado en el recaudo de la fuente de prueba, porque esa validez se determina en función de la observancia de las reglas que condicionan la averiguación de la verdad en el proceso, siendo los derechos fundamentales el primer referente en este campo.

Adicionalmente, si el concepto de prueba ilícita se basa en la vulneración de derechos fundamentales de cuño constitucional, ninguna trasgresión a ese nivel pareciera susceptible de caracterizar como leve, ya que esa amalgama de derechos tiene como propósito garantizar el desarrollo del ser humano en el contexto social y por tanto, están orientados a permitir su realización con base en el reconocimiento de su propia dignidad, donde ninguna afrenta es menor.

En conclusión, a la elocuente exclusión de pruebas derivadas se oponen razones de muy variada índole que aspiran a matizar el juicio de derivación o, en otros términos, a atenuarlo con tal de impedir un aparente doble castigo: El de tener que soportar la exclusión del material ilícitamente obtenido así su pertinencia sea incontrastable, y luego, privar la investigación de pruebas semejantes que formalmente intachables a las que se pretende transmitir la ilicitud

Pero ello equivale a desconocer la verdadera esencia de la *exclusionary rule* que, junto con la regla de la carga de la prueba y la presunción de inocencia, se enderezan a orientar el sentido de la decisión judicial cuando la actividad investigativa, de cara al estándar probatorio sobre la responsabilidad penal, es insuficiente, ya sea por defecto o por ilicitud.

La jurisprudencia colombiana ha tenido la oportunidad de aplicar este criterio, aunque en forma implícita, en dos sentidos totalmente opuestos, pero, paradójicamente, con resultados similares: En la citada Sentencia con Radicado 18451 del año 2004 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se juzgó como ilícita la confesión del acusado, la cual fue

realizada después de haber sido rescatado de la tortura, tratos crueles y hasta encierro en el baúl de un vehículo por parte de los funcionarios captores. De otro lado, en la providencia A-227 de 2007 de la Corte Constitucional se prohijó la postura de la Corte Suprema de Justicia de asignarle una especie de “efecto purificador” al reconocimiento expreso del imputado sobre el hecho de haber recibido dineros en forma ilícita para la financiación e campañas políticas, supuesto conocido previamente tras la publicación de un video grabado en forma ilícita por lesionar el derecho fundamental a la intimidad.

Pese a la distancia de los criterios jurisprudenciales, el resultado fue el mismo: En el primer caso, no obstante la exclusión del medio de prueba ilícito y sus derivados (la confesión) se mantuvo la declaración de responsabilidad penal con base en pruebas estimadas como independientes; en el segundo caso, se asignó a la confesión posterior el efecto de atenuar el vínculo con la prueba ilícita inicial, razón suficiente para no descartar su apreciación junto al resto del material demostrativo.

Lo anterior revela que el instituto del vínculo atenuado ha sido configurado para contener el efecto de la tesis del fruto del árbol envenenado y, por esa vía, potenciar la apreciación de pruebas francamente ilícitas como soporte de la declaración de responsabilidad penal, actuación que muestra la tergiversación de los alcances de la regla de exclusión.

2.4 El descubrimiento inevitable.

En 1984 surgió en la jurisprudencia norteamericana la teoría del Descubrimiento Inevitable, mediante la cual se permitió la aducción de pruebas ilícitas en aquellos eventos en los

cuales pueda aseverarse que, por otros medios legales y atendido a las características de la investigación, inexorablemente el medio de convicción se hubiere hallado.

Los hechos relevantes del caso *Nix vs Williams* son los siguientes: Tras la desaparición de una niña de 10 años en Des Moines, Iowa, el sospechoso fue arrestado y procesado en Davenport, Iowa. La policía informó al abogado defensor que lo llevaría de regreso a Des Moines sin interrogarlo, pero durante el viaje uno de los oficiales comenzó una conversación con él, que finalmente resultó en declaraciones incriminatorias y en dirigir a los agentes al sitio donde hallaba el cuerpo de la víctima. Una búsqueda sistemática del área que se estaba llevando a cabo con la ayuda de 200 voluntarios, y que se había iniciado antes de que el detenido hiciera las declaraciones incriminatorias, finalizó cuando este guio a la policía al cuerpo. Antes del juicio, el Tribunal rechazó la moción del demandado para suprimir las evidencias, incluido el cuerpo.³⁰

Al conocer el asunto, la Corte Suprema resolvió atribuir eficacia legal a la declaración auto incriminatoria obtenida en forma contraria a las garantías fundamentales, bajo la consideración de que el objeto relatado (el cuerpo de la víctima) por el sospechoso, de todos modos iba a ser ubicado por los efectivos policiales dispuestos previamente en el sector señalado por aquel.

En la jurisprudencia española se registra la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de Julio de 1997 en la que se establece:

Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”. En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento,

³⁰ Caso *Nix v Williams* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>

anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía vasca, como consecuencia de informaciones referentes su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería ... entre la recurrente y sus proveedores de heroína “al por mayor”. Es decir que “inevitablemente” y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los agentes que procedían al seguimiento de la acusada (...).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que esta excepción a la exclusión de la prueba ilícita por derivación deviene aplicable “Cuando, dadas las circunstancias, a pesar de la ilegalidad, es viable deducir sin duda que la prueba hubiera sido obtenida lo mismo por otro medio legítimo”. (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, Rad. 23.284, Sentencia de 5 de octubre de 2006).

Como otro ejemplo de materialización de ese criterio puede citarse la sentencia del 2 de julio de 2014 bajo el radicado 37361³¹, donde la Corporación se ocupó de juzgar estos hechos: Unos miembros del Ejército Nacional tuvieron conocimiento de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes y decidieron obrar como agentes infiltrados, logrando la incautación de la droga y la captura de unas personas. La Corte Suprema determinó que esa actividad investigativa adolece de respaldo legal toda vez que los funcionarios carecían de competencia para adelantar labores de policía judicial según la sentencia C-251 de 2002 de la Corte

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Constitucional. Pese a ello, la Corte estimó que esa ilegalidad inicial no se transmite a las actividades que condujeron a la incautación de la sustancia y la captura de los presuntos responsables:

Expuso la Corte:

Ciertamente, se analizó que una vez la fiscal 132 seccional delegada ante la Tercera Brigada del Ejército Nacional fue informada de que en un específico inmueble se realizaría la negociación del alcaloide, expidió el 15 de septiembre de 2002 la orden de registro y allanamiento respectiva debidamente motivada, logrando de esa forma la incautación de 50 kilos de cocaína, gran cantidad de dinero representado en pesos y dólares, así como la captura..., quedando por esa vía indemne la diligencia de registro y allanamiento.

La Corte hace un enroque entre la fuente independiente y el descubrimiento inevitable así:

También el tribunal estableció la salvedad entre la actuación de los militares y la diligencia de allanamiento, en cuanto mediaba una fuente independiente toda vez que desde el día anterior a tal acto judicial, el 14 de septiembre de 2004, la fiscal 37 seccional de la unidad de reacción inmediata de Cali había ordenado no solo la interceptación de los abonados telefónicos de los hermanos ..., así como las labores de vigilancia, seguimiento necesarias, ello en virtud de la solicitud del Intendente ..., funcionario investigador de la policía judicial de la Dijin, toda vez que tenía conocimiento de la organización de personas dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes entre las que se encontraban los citados hermanos “todos residentes en el conjunto Ciudadela del Rio ubicada en la calle 4-B 95-200 barrio Meléndez de Cali.

Los actos de investigación habrían dado lugar inexorablemente al hallazgo que se produjo a través del allanamiento, lo cual constituye un descubrimiento inevitable de acuerdo la doctrina (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de julio de 2014, Radicado 37361).

La regla del descubrimiento inevitable se basa, entonces, en que se reconoce la ilicitud de una prueba por derivar de otra que lesiona derechos fundamentales; pero esta vez, se confiere autorización al Juez para que valore el mérito de la prueba derivada porque, a pesar de su origen ilícito, concurren razones para suponer que, por medios legítimos, tarde o temprano se iba a recolectar la prueba, solo que por circunstancias de la investigación (generalmente por premura, o afán de topar la verdad) se anticipa ese seguro resultado en forma ilícita.

En los casos analizados, se justifica el hallazgo ilícito del cuerpo de la víctima (caso americano) y la incautación del alijo (caso español), siendo ambos elementos probatorios surgidos de actuaciones ilícitas como la confesión huérfana de las más elementales garantías y la interceptación de comunicaciones telefónicas sin soporte legal, con base en un juicio apodíctico: Con toda certeza, los medios legales en marcha habrían conducido al descubrimiento de la prueba en uno y otro caso; es más, era inevitable.

Con sobrada razón el Magistrado Beltrán Sierra y otros sentaron su voz de protesta por vía de salvamento de voto:

Del mismo modo, se pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades, porque el “descubrimiento inevitable” sirve, para darle licitud como por ensalmo a procederes ilícitos, de tal manera que así quedarían cubiertos por el manto jurídico

torturas, tratos crueles físicos o síquicos, la degradación y el ultraje a la dignidad de la persona humana”. (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Parece que aquí fracasó rotundamente el efecto disuasivo de la regla de exclusión porque los agentes no lograron contener el impulso de hallar la verdad tomando el atajo de la violación de los derechos y garantías básicas del ciudadano, en lugar de esperar el desarrollo de las vías legítimas en ejecución, que seguramente habrían producido el mismo resultado, pero a costa de esperar un tiempo adicional (¿o por temor a que finalmente no se diera ese logro? Es probable).

La elocuencia del salvamento de voto es indicativa del carácter inconstitucional del descubrimiento inevitable debido, entre otras razones, a que la presunción de inocencia no puede desmontarse mediante juicios hipotéticos sobre la validez de las herramientas de convicción, sino en medios de prueba existentes y practicados bajo el faro del principio de legalidad, como se desprende del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.5 Las demás que establezca la ley.

Para finalizar este apartado, interesa mostrar que el Código de Procedimiento Penal dejó abierta la posibilidad de incorporar adicionales criterios de excepción a la exclusión, tales como la buena fe de los servidores judiciales al momento de agraviar los derechos fundamentales nacida en el seno de la jurisprudencia americana (*Caso Massachusetts vs Sheppard* de 1984); o la tesis de la conexión de antijuridicidad acuñada por el Tribunal Constitucional español mediante la sentencia No. 81 de 1998.

Aunque no están consagradas en la ley, la jurisprudencia colombiana ha venido aplicando algunos criterios como el acto de voluntad libre para otorgarle eficacia probatoria a medios de prueba que derivan de otras violatorias de los derechos fundamentales, constituyendo claros

ejemplos de ello las sentencia SU – 159 de 2002 de la Corte Constitucional y la sentencia del 8 de Julio de 2004 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se atribuyó eficacia a la confesión de los procesados tras haber sido declarada la ilegalidad de las escuchas telefónicas en el primer caso, y de reconocerse las torturas y tratos crueles al procesado, en el segundo.

En estas piezas se declaró la inconstitucionalidad de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales – intimidad de las comunicaciones, dignidad humana – pero se dio vía libre a la valoración de la confesión al considerarla un acto libre del procesado desconectada de la prueba ilícita, lo cual revela los problemas de la importación irreflexiva de institutos jurídicos emanadas de otras culturas decantadas históricamente, como la *exclusionary rule*.

Capítulo III

LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El primer capítulo estuvo dedicado a la descripción del contenido y devenir histórico de la regla de exclusión en el contexto del sistema penal de Estados Unidos de Norteamérica, trasegar que mostró sus dinámicas, fundamentos y limitantes, que sistemáticamente van reduciendo su campo de acción al punto haberse invertido la regla: La prueba nula no será excluida, salvo que no exista alguna razón que justifique su permanencia en el proceso.

En medio de la permanente tensión que implica la adopción de la regla de exclusión, se determinó su incorporación al sistema procesal colombiano pasando por alto que su construcción obedeció a un prolongado y lento proceso de independización jurídica de Estados Unidos respecto al Reino Unido, muy posterior a la independencia política de las colonias americanas, que tardó más de 100 años en iniciar su gestación.

Simultáneamente con su adopción se produjo su limitación por vía de excepciones, por lo que cabría colegir, desde una perspectiva muy general, que la regla de exclusión surgió no para persuadir a los funcionarios de no quebrar los derechos constitucionales, ni muchos menos protegerlos efectivamente, sino para justificar la apreciación de pruebas ilícitas sin tener que

declarar sinceramente que el marco de legalidad de la prueba es un odioso obstáculo en la búsqueda de la verdad y con ella, el castigo del delito; y de paso, si es posible, para morigerar un poco la brutalidad policiaca.

Esa es la situación de *la exclusionary rule* en su país de origen: Un instrumento fuertemente resistido que buscó alejar el sistema americano de la tradición del *Common Law* (que reprime al infractor de los derechos constitucionales manteniendo la prueba incólume), pero que mediante excepciones se pretende, paradójicamente, retomar aquella tradición con unos nuevos elementos surgidos de la necesidad de justicia real y la defensa social frente al delito.

Descifrado ese estado de cosas, conviene ubicar la regla de exclusión en el constitucionalismo colombiano para dotarla de un sentido distinto al *deterrent effect* (efecto disuasorio) y analizar, desde esa imbricación, las condiciones desde las cuales se puede emplear como un instrumento necesario para potencializar el desarrollo del debido proceso al interior del proceso penal, temática específica que ocupará el capítulo final.

3.1 El concepto de prueba ilícita en la jurisprudencia colombiana.

En relación con el concepto de prueba ilícita, la jurisprudencia colombiana lo ha tocado con profundidad a partir de la interpretación y desarrollos a nivel legal del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política que establece: Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Cabe reseñar la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional que, sin hesitación de ninguna especie, contiene el primer y más completo estudio de la regla de exclusión en los anaqueles de la jurisprudencia colombiana y por tanto, es el referente obligado de la reflexión jurídica al respecto. En esa ocasión, la Corte Constitucional abordó el estudio de una acción de

tutela promovida contra la Corte Suprema de Justicia que había declarado penalmente responsables a dos Ministros de Estado por hechos de corrupción, siendo iniciada la investigación como corolario de la publicación en un medio de comunicación de la grabación (obtenida sin orden judicial) de una llamada telefónica entre los protagonistas de los hechos.

Esa problemática la permitió a la Corte Constitucional emprender el estudio de la regla de exclusión y sus excepciones desde el derecho comparado, tras de lo cual se sentaron estas premisas esenciales: (i) El artículo 29 de la Constitución Política consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso; (ii) El legislador ha desarrollado en las codificaciones penal y civil, principalmente, las condiciones que determinan la validez de los actos procesales y los de carácter probatorio; (iii) En vista de tales desarrollos, se identifican dos grandes fuentes de exclusión: La prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La prueba inconstitucional es aquella en cuya obtención se incurre en violación de los derechos fundamentales, al paso que la prueba ilícita es aquella en cuya práctica se incurre en vulneración de garantías del acusado o investigado; (iv) Ante la amplitud del derecho al debido proceso y la variedad de normas y requisitos que se establecen para los actos procesales y probatorios, el funcionario judicial debe ponderar en cada caso concreto la gravedad de la infracción en aras de determinar la ilicitud o no de la prueba; (v) En caso de considerarse ilícita la prueba, la consecuencia es que debe ser excluida del acervo probatorio y por tanto, no puede ser valorada ni utilizada para acreditar la responsabilidad dentro de la actuación penal; (vi) Por regla general, la nulidad solo afecta la prueba y no la actuación procesal en toda su extensión, salvo que no existan otros medios de prueba que permitan adoptar y fundamentar legítimamente la decisión. De ahí que el sistema colombiano no adopte la doctrina de la manzana podrida en el

cesto de frutas, según la cual, basta que una prueba esté contaminada de ilicitud para que el resto de material cognoscitivo también los esté.

En cuanto al contexto histórico del instituto jurídico es interesante observar las reflexiones de la Corte:

La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos.³² Sin embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: *(i.)* la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y *(ii.)* la nulidad no se predicaría sólo de

32 El Delegatario Otty Patiño, preocupado por la capacidad *disuasiva* de la norma sostuvo en el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991: “(...) pretender dar como elemento disuasivo para la tortura el hecho de que no sirvan las pruebas obtenidas bajo tortura, me parece que no tiene sentido (...) Yo creo que desde luego, (la tortura) ha rebajado sustancialmente, pero fue una práctica consentida, admitida y tecnicada, y en ese sentido me parece que sí debería establecerse algo más que simplemente la invalidez de la prueba (...) sería conveniente establecer la pérdida del fuero, cuando se hagan estas prácticas de tortura, y de que la persona que lo haga, salga del fuero establecido, en el caso de los militares, del mismo fuero militar, para que pueda ser juzgado civil y públicamente también, porque es la única manera de verdad, que esta práctica no sea encubierta.” En ese mismo debate la delegataria Aída Abella señaló: “Yo creo que Otty tiene razón; es decir, cómo garantizamos que no se produzcan las torturas, la desaparición forzada (...) Yo pienso que de pronto algunos civiles, como dice el doctor Arias, pueden ejercer la presión indebida para una declaración, pueden ejercer hasta la tortura (...)” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folios 184 y 185, respectivamente).

declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba³³ (Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002).

Por otra parte, la Corte precisó las condiciones de aplicación de la regla de exclusión a partir de estas subreglas: (i) Si se determina que la trasgresión normativa es de menor entidad o que no afecta en lo sustancial el debido proceso y los demás derechos fundamentales de las personas, la prueba no deberá ser excluida. Al respecto, solo se considera que existe lesión al debido proceso probatorio cuando se está ante la infracción de reglas sustantivas que afectan la integridad del sistema judicial, o que buscan impedir la adopción de decisiones arbitrarias; también, cuando se está ante el desconocimiento de formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para llegar a la verdad; (ii) El concepto de derecho al debido proceso tiene una dimensión sustancial, lo cual significa que comprende las formalidades y etapas que permiten el ejercicio de los derechos y garantías en la actuación procesal y protegen a las personas frente a la arbitrariedad de las autoridades. La protección se extiende hacia todas las actuaciones que puedan afectar los derechos fundamentales; (iii) También debe tenerse presente la finalidad del derecho penal en el Estado con el fin de que la exclusión de pruebas ilícitas no conduzca a la impunidad, sacrificando bienes jurídicos de superior importancia para la vida en sociedad; (iv) Se exige una decisión expresa por parte del funcionario jurisdiccional en cuanto a la separación del material probatorio ilícito a pesar de que la Constitución Política establece la “nulidad de pleno derecho”. Es una exigencia básica de seguridad jurídica.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha deslindado la noción de prueba ilícita de la simplemente ilegal o irregular, con lo cual se va limitando el objeto y alcance del mandato

³³ La propuesta de Darío Mejía contemplaba declarar nula *toda declaración o prueba*, sin embargo, antes de la votación se suprimió el término “declaración” por cuanto se consideró que ya estaba contenido en el competo “prueba” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 190).

constitucional. Se expresa así la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional: donde explícitamente se señaló:

Esta regla constitucional contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado (Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002).

En concepto de la Corte Constitucional, el amplio mandato del inciso final del artículo 29 constitucional envuelve una doble categorización asociada a las fuentes de la exclusión, entendiendo que una es la prueba inconstitucional (lesiva de derechos fundamentales) y otra, muy distinta, es la prueba ilícita (que implica actividades ilícitas que afectan las garantías del sujeto pasivo del *ius puniendi*).

Frente a ello, se observa que si el debido proceso es la garantía más importante con que cuenta el individuo sometido al ejercicio de la acción penal, que se integra por un conjunto amplio de garantías específicas contempladas en el mismo artículo 29 constitucional y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no se aprecia la necesidad de distinguir entre pruebas inconstitucionales e ilícitas pues, en últimas, el debido proceso también ostenta la categoría de derecho fundamental al igual que la intimidad, la libertad y demás, de donde emerge que la diferenciación es más formal que material, aunque con unas consecuencias muy graves.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación penal se ha ocupado profusamente de la regla de exclusión, frente a lo cual interesa mostrar los principales aspectos abordados por la jurisprudencia de esta Corporación.

En cuanto a la conceptualización de la cláusula de exclusión se ha dicho:

Suficiente se ha ilustrado por la doctrina y la jurisprudencia que la cláusula general de exclusión, de raigambre superior (inciso final del artículo 29 de la Constitución Política), según la cual «[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso», comporta un límite cardinal al poder punitivo del Estado que se vincula con las ideas de Estado de derecho y juridicidad de sus actos como de intangibilidad de las garantías esenciales del ciudadano, lo cual implica la sanción de inexistencia jurídica para aquel medio de convicción aprehendido y/o practicado con total desconocimiento de las reglas legales de producción, práctica y aducción –ilegalidad- o con violación de las garantías fundamentales –ilicitud-. Esta Corporación también ha sido uniforme al distinguir entre prueba ilícita y prueba ilegal, indicándose en la providencia citada:

Aunque se ha admitido que dicha cláusula puede operar en similar sentido tanto respecto de la prueba ilícita como de la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009, rad. 31.500), la distinción entre ellas, que no es sutil -en tanto la primera se obtiene con quebranto de los derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana a través de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, por constreñimiento ilegal o la violación de la intimidad o por ignorar los derechos a la no autoincriminación y a la solidaridad íntima, y la segunda es el producto del desconocimiento severo de las formas propias de recaudo, práctica y aporte a la

actuación-, contrae la consolidación de consecuencias jurídicas también disímiles (CSJ SP, 2 mar.2005, rad. 18.103,CSJ SP, 1 jul. 2009, rad. 31.073).

En verdad, si el medio de prueba es ilícito, siempre y en todo caso, debe ser excluido del ámbito de valoración del funcionario judicial; incluso, atendiendo una visión del máximo órgano de la jurisdicción constitucional (CC C-591 de 2005) se precisó que en el nuevo régimen de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria procede 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 enviará a otro juez distinto». (En este sentido, consultar CSJ SP, 24 ago. 2011, rad. 35.532).

Ahora, si la prueba es irregular, existen dos hipótesis. Cuando el rito pretermitido o vulnerado no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de tal, pues no toda anomalía afecta su validez. Únicamente, de ser fundamental la formalidad que entraña el acto procesal, aquel debe afrontar exacto efecto-sanción de inexistencia.

Así lo expresó la Sala en pasada oportunidad (CSJ SP, 1 jul. 2009, rad. 26.836):

De antaño, la Sala³⁴ se viene ocupando del tema y ha dejado dicho que la exclusión opera de diversas maneras y genera consecuencias distintas, según obedezca a si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

Se entiende por la primera –ilícita-, la obtenida: a) con desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, tales como: i) dignidad humana, ii) debido proceso, iii) intimidad, iv) no autoincriminación, v) solidaridad íntima

34 Auto de casación auto 23 de abril de 2008, radicación No. 29416; sentencia de casación 2 de marzo de 2005, radicación No. 18103.

y; b) la sometida para su producción, práctica o aducción a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie del medio de convicción así logrado³⁵.

Esta clase de prueba sin otra consideración, de manera forzosa debe ser excluida y no podrá hacer parte de los elementos de persuasión sometidos al escrutinio racional del juez en la adopción de la decisión del asunto bajo su discernimiento, actividad primaria de verificación de la validez, donde el operador de justicia no puede anteponer su discrecionalidad, so pretexto de la prevalencia de los intereses sociales.

En otro sentido, la segunda clase de prueba –ilegal o irregular-, se genera, cuando en su producción, práctica o aducción en los actos de investigación se desconocen los presupuestos legales esenciales, pero a diferencia de la anterior, sólo debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior, cuando el juez determine, que el requisito pretermitido le es fundamental, carencia que trasciende hasta soslayar el debido proceso, pues la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales por sí solas, no facultan la supresión del medio de prueba³⁶.

Más recientemente, la Corte reiteró (CSJ SP 8473-2014):

Prevista en el último inciso del artículo 29 del texto superior, tiene por nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso probatorio, régimen de la prueba ilícita ampliado hoy no sólo a la pretermisión de los requisitos para la obtención, práctica y aducción del elemento de convicción, sino cuando ello

35 Sentencias de casación de 23 de abril de 2008, radicación No. 24102; 7 de septiembre de 2006, radicación No. 21529, entre otras.

36 Sentencia de casación de 2 de marzo de 2005, radicación No. 18103.

ocurre con violación de las garantías procesales o de cualquier derecho fundamental, como la dignidad inherente a la persona humana, de ahí que se hable, en uno y otro caso, de prueba ilegal y prueba ilícita.

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

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

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

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

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

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

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

“(iii) ...de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 10303-2014, Radicado 43.691 del 5 de agosto de 2014. magistrado Ponente Dr. Eyder Patiño Cabrera).

Más recientemente se profirió la Sentencia SP1591-2020³⁷ mediante la cual se refirma la distinción entre prueba ilícita e ilegal en estos términos:

Sobre el particular, la Sala ha explicado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 49323. magistrado Ponente Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa).

La extensa cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestra una expresión formal distinta a la enarbolada por la Corte Constitucional aun cuando con consecuencias similares, pues mientras esta última erige las categorías de prueba inconstitucional e ilícita, aquella establece un parangón entre pruebas ilícitas e ilegales. La diferencia estriba en que las pruebas ilegales, en concepto de la jurisprudencia ordinaria, se configura por la vulneración de las normas que gobiernan la actividad probatoria en el proceso penal, la cual puede revestir diferentes niveles de intensidad y gravedad por lo que, si a criterio del Juzgador, la infracción no afecta materialmente los derechos de las personas (incluyendo el debido proceso), la anomalía podrá ser soslayada y la prueba apreciada en su mérito persuasivo.

Las consecuencias de esta distinción son profundas: Ante ofensas consideradas menores al ordenamiento jurídico en la recolección y práctica de pruebas, o sobre aspectos que no se

consideren vinculados a los requisitos esenciales de la práctica probatoria, los operadores judiciales están facultados para hacer caso omiso de tales vulneraciones y fundar válidamente la sentencia condenatoria en tales medios de conocimiento, con hondo impacto en los derechos de las personas entre ellas, la privación de la libertad.

Dentro de la amplia gama de ilegalidades “menores” que pueden tolerarse al amparo de la jurisprudencia se encuentran las infracciones a las formalidades probatorias como el juramento en las declaraciones testimoniales³⁸, la formulación de preguntas prohibidas en la práctica de declaraciones de testigos o peritos, la formulación de preguntas por parte del Juez más allá de los precisos límites previstos por la ley³⁹, las fallas y omisiones en la cadena de custodia⁴⁰, el descubrimiento probatorio tardío o inexistente⁴¹, la inobservancia de términos procesales para llevar a cabo la diligencias probatorias⁴²; también el desconocimiento de los principios probatorios del juicio como la inmediación, concentración⁴³ y oralidad, entre muchos otros eventos que entrañen vulneración de reglas probatorias.

Ahora bien, si en el caso concreto se llegare a determinar la ilicitud de la prueba, el próximo cedazo a superar para llegar a la exclusión probatoria será el de la trascendencia del

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de julio de 1999, Magistrado Ponente Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Providencia citada por Novoa, N. (2011). *La prueba testimonial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 44. expresa la Corte: “Así pues, aunque el juramento apunta a garantizar la verdad en la declaración del testigo, la ausencia del mismo no significa que el deponente voluntariamente no pueda ser fiel a la misma, como evidentemente puede ocurrir en el caso del menor de 12 años. de igual manera, si la importancia del juramento es más funcional que de regularidad de la diligencia (de hecho en otras legislaciones no existe y sólo se acude a las advertencias previas de las consecuencias legales), imponerlo artificiosa o equivocadamente al menor, siempre y cuando o se trate de obligar a declarar en contra de las personas incluidas en el círculo de protección legal, no tiene repercusión en la validez del testimonio, pues lo que sigue, se repite, es la evaluación crítica del testimonio por los funcionarios judiciales, ya que las conminaciones penales están excluidas de antemano por la excepción que hace el Artículo 282 del C. de P.P., y no por voluntad judicial”.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 24468-2006.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP10303 del 5 de agosto de 2014. Radicado 43.691. Magistrado Ponente Dr. Eyder Patiño Cabrera.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia AP2853-2019. Radicado 54635. Magistrado Ponente Dr. Eyder Patiño Cabrera.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP790-202 del 4 de marzo de 2020. Radicado 56616. Magistrado Ponente Dr. Jaime Humberto Moreno Acero.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de julio de 2013. Radicado 38632. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos.

medio de prueba excluido en tanto que, si se considera que la prueba ilícita no es el basamento esencial de la declaración de responsabilidad penal, la sanción probatoria resultaría inane por cuanto la presencia de otros medios de prueba aseguran la legalidad del pronunciamiento⁴⁴.

Aunado a lo anterior, la aplicación misma del concepto de prueba ilícita no resulta tan pacífico como se evidencia en la Aclaración de Voto de 3 Magistrados expresada en la providencia A-227-07 de la Corte Constitucional, lo cual da una muestra de la incertidumbre que al respecto campea.

Señalan quienes aclaran el voto⁴⁵:

En el presente caso, el video aportado registraba una actividad encaminada a la financiación -ilícita- de una campaña política. Tal actividad no está cobijada por el derecho a la privacidad. Adicionalmente, para su registro, no existió actuación ilícita de organismos del Estado consistentes, por ejemplo, en violar el domicilio o interceptar la correspondencia o las comunicaciones privadas sin orden judicial. Por ello, la prueba documental que registraba y hacía pública dicha actividad, al no haber invadido el derecho a la intimidad, no podía ser calificada como ilícita (Corte Constitucional, Auto A-227-07).

El colofón de lo expuesto es que, pese a la claridad meridiana del artículo 29 de la Constitución Política en su inciso final, por cuenta de la jurisprudencia colombiana se ha reducido el objeto y alcance de la regla de exclusión hasta el extremo de limitar su aplicación a los supuestos de afectación a derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso, siempre y cuando la infracción se considere sustancial o material, criterio que no se

44 Tal es la situación acaecida en la Sentencia SP11830-2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 9 de agosto de 2017. Radicado 48431, Magistrado Ponente Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, donde se consideró que si bien la actuación del agente encubierto desbordó los parámetros legales, la Sentencia condenatoria se edificó sobre otras pruebas, lo cual torna innecesaria la exclusión.

45 Los magistrados Catalina Botero, Jaime Córdoba Triviño y Manuel José Cepeda Espinosa.

puede fijar en abstracto sino que dependerá de la ponderación que en cada caso se lleve a cabo, siendo ello un factor generador de perplejidad e inseguridad jurídica.

3.2 Ubicación de la cláusula de exclusión en el debido proceso.

En el Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución Política deviene imperativo examinar todo instituto jurídico desde la propia norma de normas, porque de esa forma se garantiza su legitimidad y se reivindica la fuerza vinculante del texto superior

La cláusula de exclusión no es justamente una excepción a esta hermenéutica constitucional pues ha de entenderse como un mecanismo adicional, especial, de tutela a los derechos fundamentales y no como un mero instrumento de control de legalidad de la prueba en el proceso penal y de disuasión de los funcionarios judiciales hacia el respeto de aquellos derechos superiores. Ello por cuanto del debido proceso constitucional exige que las pruebas practicadas en el proceso penal y que al final impliquen una negación efectiva de la presunción de inocencia, se produzcan, recauden y aporten con apego estricto a la legalidad y sin menoscabo de los derechos fundamentales de la persona, pues justamente allí es donde reside la legitimidad de la acción estatal para cumplir con sus superiores finalidades en materia de prevención y sanción del delito.

En el ordenamiento vernáculo ésta regla de exclusión se halla consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política a cuyo tenor: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, dicción que equivale a la *exclusionary rules* (regla de exclusión) cimentada en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de Norteamérica, como ha podido constatararse.

No obstante la aparente amplitud de la expulsión probatoria, sus confines han sido paulatinamente delimitados por cuenta de la doctrina que cada vez se depura más y por ende, alcanza mayores niveles de puntualidad y precisión.

En efecto, como lo muestra el profesor Miranda Estrampes (1999) en el laborío de señalar los alcances de la regla de exclusión es factible hallar concepciones amplias y restrictivas, siendo éstas últimas las que han marcado el ritmo de la evolución científica en el último tiempo.

Reputados profesores como el maestro Devis Echandía (1981) estimaban que las pruebas ilícitas son:

Las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan (Devis Echandia, 1981).

Este concepto deja entrever una marcada amplitud de la noción de trato, al punto de considerar referentes supranormativos como las “sanas costumbres” o la moral del medio social como fuentes de la ilicitud probatoria.

Dentro de esta corriente debe incluirse la perspectiva del español Silva (1963) en cuya consideración “la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana” ofreciendo una noción de tanta amplitud que de hecho resultaría asaz complejo ubicar sus límites con los consabidos riesgos que la indeterminación jurídica apareja.

Empero, existen también concepciones antagónicas empeñadas en delimitar con justeza y puntualidad la órbita de la cláusula de exclusión, reduciendo el concepto de prueba ilícita a las hipótesis de trasgresión de los derechos fundamentales en el decurso de las actividades instructora y de juzgamiento criminal.

En esta tendencia militan los procesalistas ibéricos Picó i Junoy y Miranda quienes conceptúan:

La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales (Picó i Junoy, 2005; Miranda Estrampes, 1999).

En el mismo sentido se pronuncian los profesores nacionales Bernal y Montealegre , en cuyo sentir:

Si bien la redacción de la regla es precisa en establecer la violación del debido proceso, como causal de nulidad constitucional, a partir de la discusión en la Asamblea Constituyente y de una interpretación sistemática de la Constitución, se llegó a la conclusión de que en realidad comprendía la proscripción de la prueba obtenida con la violación de cualquier derecho fundamental, lo que se agrupa bajo el concepto de debido proceso constitucional (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2004).

Acompasados los criterios doctrinales expuestos con el sistema colombiano, vale recordar que el Código de Procedimiento Penal contiene unos principios como el de la oportunidad de la prueba, la admisibilidad, inmediación, pertinencia, entre otros, que cumplen distintas misiones frente a la prueba, a saber: su ingreso oportuno a la actuación, su vinculación con los hechos relevantes, su forma de producción, el régimen de controversia y en general, todo cuanto atañe a la legalidad formal y material de la prueba. En este sentido, cabe destacar el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal que consagra una poderosa herramienta de la cual puede echar

mano el funcionario judicial y en virtud de la cual, puede ordenar la exclusión de medios probatorios que contravengan los anotados principios o las normas que rigen la práctica de cada medio probatorio en particular.

De manera que el mismo Código de Procedimiento Penal consagra los medios adecuados para controlar la observancia del trámite probatorio y garantizar que la valoración del Juez se efectúe sobre pruebas revestida de legalidad

Por el contrario, la cláusula de exclusión ancla sus raíces en la protección de las garantías fundamentales del ciudadano por establecerlo así el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal que es del siguiente tenor: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

Se trata de una norma eminentemente constitucional pues forma parte del Debido Proceso de acuerdo al artículo 29 superior. En esta línea de entendimiento, resulta claro que las contravenciones al rito probatorio y las inconsistencias jurídicas que eventualmente se presenten en la labor demostrativa, deben ser subsanadas en aplicación de los antídotos que el ordenamiento prescribe sin que sea dable invocar la exclusión, habida cuenta que su enfoque es asaz diverso y superior, esto es, en el plano de los derechos fundamentales.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el debido proceso, este se manifiesta en varios aspectos como la norma sustantiva, la competencia de los servidores públicos, la adecuada y correcta valoración de las pruebas o la observancia plena del procedimiento legal, interpretación que ha permitido la procedencia de la Acción de Tutela incluso contra las providencias judiciales (Corte Constitucional. Sentencia SU – 159 de 2002).

Sin embargo, para los efectos propios de la aplicación de la cláusula de exclusión puede decirse que el mismo régimen constitucional consagra el medio de blindar los derechos fundamentales al interior del proceso judicial, en este caso en el procedimiento penal ordenando

la expulsión de las pruebas que le son contrarios, o que de alguna manera limitan indebidamente su ejercicio.

Así las cosas, la regla de exclusión y la Acción de Tutela se identifican en cuanto a su cometido de salvaguardar los derechos fundamentales a su manera; la Tutela como herramienta general y la exclusión como remedio singular y específico en el escenario judicial.

Con esta ubicación, se entiende que la cláusula de exclusión es la forma constitucional y legal de proteger los derechos fundamentales en el proceso penal, que siempre están en inminente riesgo de vulneración habida cuenta de las múltiples y poderosos medios de instrucción, intimidación y persecución con que se ha investido a la Fiscalía General de la Nación y en general, a los operadores judiciales.

En otras palabras, si el propio constituyente se ocupó de describir el contenido del debido proceso y al final fulmina con “nulidad de pleno derecho” las piezas probatorias que se obtengan precisamente con desconocimiento del mismo, significa ello que la regla de exclusión es una temática de raigambre eminentemente constitucional que trasciende las sanciones procesales a las pruebas que de alguna manera desconocen la legalidad ordinaria, esto es, las reglas de instrucción plasmadas en el Código de Procedimiento Penal.

Desde este ángulo de apreciación y ubicación sistemática del instituto jurídico bajo estudio, es dable conceptuar junto al profesor Miranda Estrampes (1999) que los eventos de exclusión probatoria disciplinados por el artículo 29 Constitucional se contraen a la vulneración de derechos constitucionales, es decir, derechos fundamentales de la persona mediatizada en el proceso penal. En consecuencia, solamente potencian la exclusión referida en la norma constitucional aquellas actuaciones de búsqueda, recolección y obtención de elementos materiales de prueba, evidencia e información que se efectúen con desconocimiento de tales derechos; solo así se garantiza el equilibrio en la relación jurídica procesal protagonizada por el titular del

derecho a punir y el ciudadano, generalmente inerme y acompañado solo por el listado de sus derechos y de contera, se delimita ésta poderosa e implacable herramienta en sus precisos linderos en el ordenamiento nacional.

Así lo ha entendido y aplicado la Corte Suprema de Justicia al construir su línea jurisprudencial desde la sentencia de Casación Penal del 8 de Julio de 2004 donde expuso:

... no está permitido otorgar ningún efecto jurídico a las pruebas practicadas con desconocimiento de las garantías inherentes a toda persona dentro de un Estado social, de derecho, entendiendo por tales no sólo las enunciadas en el aludido artículo 29, sino comprendiendo en ellas todos los derechos fundamentales, que como es bien sabido, son de rango constitucional. En tal virtud, son inadmisibles las que son el resultado de torturas, tratos degradantes, inhumanos o crueles, o las que se generan con violación de los derechos y garantías establecidos en la Carta Política, cualquiera que sea la naturaleza de la prueba, ya que la prohibición no sólo se contrae a declaraciones o confesiones, sino a todos los medios de prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

Ahora bien, la consecuencia jurídica de la prueba inconstitucionalmente obtenida no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión “es nula de pleno derecho”, la cual, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio origen, no así al proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la práctica, aporta, permite o admite.

Al margen de la claridad en cuanto al propósito esencial de la cláusula de exclusión, se aprecia en la jurisprudencia patria un enorme interés en resaltar la función disuasoria de la

cláusula de exclusión y ubicarla como su genuina naturaleza jurídica. En la sentencia acabada de citar se observa la siguiente reflexión:

Nuestro ordenamiento jurídico acoge así, con éste régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función disuasiva, en relación con la conducta futura de las autoridades, especialmente de las de policía judicial, protectora en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado social de derecho, aseguradora de la confiabilidad y credibilidad del sistema probatorio y, eventualmente, reparadora de los perjuicios causados al procesado con una arbitrariedad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de Julio de 2004

Como se ha expuesto, la cláusula de exclusión tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales y no la disuasión de los funcionarios judiciales y de policía judicial frente al respeto de los derechos ciudadanos, más no para hacer pedagogía institucional, labor por demás estéril pues se trata de una cuestión eminentemente subjetiva y peligrosa, a partir de la cual se han ensamblado la mayoría de criterios que limitan su eficacia.

3.3 Las excepciones a los efectos reflejos y la Constitución Política

La exposición de la cláusula de exclusión y la regulación de sus efectos reflejos incrustada en el Código de Procedimiento Penal revela que el proceso acusatorio debe soportar medios de prueba que contravienen la Constitución Política, particularmente los derechos fundamentales por cuenta, principalmente de los criterios del vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

Subyace en estos criterios una vulneración franca a las garantías constitucionales por cuanto con ellos se patentiza la valoración de pruebas que tienen su origen en pruebas que

deberían ser excluidas de la actuación, justamente por contrariar aquellas garantías. Esa derivación procesal hace que el vicio se transmita a la prueba derivada que es, sin duda alguna, un rendimiento procesal de la prueba ilícita.

El anterior fenómeno no se presenta en tratándose de las pruebas que emanan de una fuente independiente porque, en puridad, no son pruebas derivadas sino autónomas, desligadas de la prueba violatoria del debido proceso constitucional y por ende, dignas de conformar el torrente probatorio.

Una prueba derivada de otra inconstitucional, así el vínculo con aquella parezca exiguo o su aparición en el proceso sólo sea una mera cuestión de tiempo, ostenta una inocultable inconstitucionalidad en tanto que son fruto del desmedro a la Constitución Política y por esa poderosa razón, debe repudiarse su ingreso a la jurisdicción patria.

En los tiempos que corren, ya no se discute si el Estado se halla o no legitimado para invadir la órbita de los derechos esenciales de las personas o si es legítimo el ejercicio del *ius puniendi*, pues esa es una realidad reconocida y reglamentada en la Constitución Política; el eje de las discusiones actuales estriba en la forma de ejercer la potestad punitiva de acuerdo a las directrices trazadas por el constituyente primario, los mecanismos de ejercitar el poder jurisdiccional y los instrumentos proporcionados a los ciudadanos para garantizar la integridad de sus derechos.

Resulta desproporcionado, desde la perspectiva constitucional, que al Estado se le otorguen enormes poderes de instrucción y judicialización y adicionalmente, se le permita obtener rendimientos en el escenario de la prueba a partir de la violación a los derechos

fundamentales del ciudadano, las cuales se basan en consideraciones formales e hipotéticas como el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

En el caso singular del vínculo atenuado es deleznable el intrínquilis jurídico propuesto porque frontalmente se reconoce el carácter ilícito de la prueba derivada y no obstante, se permite su empleo por considerar débil el lazo que la une a la prueba matriz, juicio de debilidad que corresponde en forma exclusiva y excluyente al funcionario judicial quien no tiene más límites que su propio talante para determinar aquel enlace.

Por su parte, el descubrimiento inevitable merece mayores reparos constitucionales porque la conjunción entre la prueba ilícita y la prueba obtenida a costa de su usufructo es vital, trascendental, innegable pero intrascendente a los efectos de la exclusión en la medida en que los servidores públicos acrediten que, de todos modos, como si fuera una predicción fatal, darían con la demostración del hecho por medios legítimos y adecuados.

En el plano constitucional este modo de obrar es antidemocrático porque contiene los rezagos del Estado autoritario donde la verdad vale sin reparar en los medios empleados para su obtención, y en el que los derechos fundamentales son cosas de retórica, de discurso y no una sacra pertenencia de los asociados al cual debe rendir tributo el establecimiento.

El debido proceso constitucional no se satisface con la mera proscripción de las pruebas obtenidas a partir de la violación de los derechos fundamentales, sino con la eliminación de toda posibilidad de que esas pruebas inconstitucionales produzcan efectos mediante su reproducción a través de otros medios que a simple vista parecen legítimos, pero que su existencia se explica por aquellas excluidas.

Por estas razones se considera inconstitucional el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal porque con esta disposición el legislador autoriza la valoración judicial de pruebas emanadas de otras que contravienen los derechos fundamentales del ciudadano, bajo una

argumentación sutil como en el evento del vínculo atenuado y meramente insegura, contingente como acontece con el descubrimiento inevitable. Si bien estos criterios son corolario de una política criminal del Estado que procura hallar la verdad como valor fundamental del proceso penal, ello no puede fundamentar la agresión así sea indirecta de los derechos fundamentales porque estos son el propio resorte de la Constitución Política y los elementos que permiten la existencia de una sociedad justa, democrática y respetuosa del ser humano en toda su dimensión.

Se aprecia que tras la consagración de los regímenes de excepción en comentario subyace el interés de hallar la verdad real en el proceso penal, que impone el deber de sancionar al ciudadano cuando las pruebas ofrecen claridad sobre su responsabilidad criminal, consideración propia de los tipos de Estado autoritario; sin embargo, ha de repararse en que en el proceso penal se viene perfilando con mayor nitidez la tendencia a la consecución de una verdad más formal determinada por el respeto de la garantías individuales, fruto de una filosofía política que concibe al Estado sustentado sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.

De suerte que el propósito actual de la actividad investigativa a nivel penal no es el establecimiento de la verdad a cualquier precio y empleando toda clase de medios lícitos o ilícitos, sino hallar una aproximación al hecho histórico investigado de modo que la verdad aparezca formalmente válida (Mill de Pereyra, 2017).

Capítulo IV

LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y EL DEBIDO PROCESO. HACIA UN ACERCAMIENTO RACIONAL A LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

En los capítulos precedentes se vio que la regla de exclusión se fue insertando paulatinamente en el sistema procesal de Estados Unidos como reacción de algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia frente a hechos de arbitrariedad policiaca cometidos en el marco de investigaciones de delitos, gracias a lo cual se fue morigerando la tradicional regla del *Common Law* de acuerdo con la cual, la infracción de derechos en la función investigativa apareja responsabilidad civil, disciplinaria, administrativa y hasta penal del funcionario a cargo, sin que ello implique un obstáculo para la apreciación del mérito demostrativo de la evidencia obtenida en forma ilícita.

Simultáneamente con la regla d exclusión, se fueron adoptando antídotos que potencian la apreciación de pruebas ilícitas en determinados supuestos en los cuales, por razones de política criminal, se permite condenar a un culpable así la prueba adolezca de inconstitucionalidad.

Tal es el caso del descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado, la buena fe, entre otros, que son criterios de excepción creados por la jurisprudencia para combatir la impunidad en los que el vicio de ilicitud de la prueba sucumbe ante su fiabilidad frente a los hechos demostrados, permitiéndole al Juez adoptar decisiones sobre la responsabilidad a pesar de la ilicitud probatoria.

La proliferación de excepciones a la regla de exclusión ha llevado al extremo de invertir la ecuación en esta materia, ya que la expulsión probatoria ha pasado a ocupar un sitio de excepción, al paso que la apreciación de pruebas ilícitas se ha erigido en la regla general en el quehacer jurisdiccional.

Esta situación ha contribuido al ocaso de este instrumento de control y contención del *ius puniendi* aunque, a partir de los datos históricos recolectados en este trabajo, podría considerarse de algún modo que esta figura nació, en realidad, para ser exceptuada.

4.1 El fin del proceso penal desde la perspectiva probatoria.

Llegado este punto, conviene averiguar si la regla de exclusión, tal y como fue importada por el sistema procesal colombiano, es una herramienta necesaria para asegurar la vigencia de un proceso penal justo o, por el contrario, deviene innecesaria su adopción frente a tal propósito, así ello implique el quiebre del principio de licitud de la prueba.

Para resolver este dilema, resulta imperioso el reconocimiento de un presupuesto básico, consistente en que al interior del proceso penal se gestionan dos tipos de conflictos esenciales, a saber: De un lado, la problemática que surge tras la infracción de la ley penal sustancial, generadora de un daño a un bien jurídico y que generalmente produce una víctima; por el otro, la activación de la indagación penal envuelve un conflicto entre el persecutor (público o privado) y el ciudadano señalado de aquella infracción sustantiva, quien busca oponerse, contener o atenuar el rigor de la persecución.

A pesar de la ligazón de ambos tipos de conflicto penal, no puede perderse de vista que el proceso penal constituye un verdadero objeto de estudio científico, entendido no como el vehículo o instrumento que permite arribar a la sanción penal, sino como el escenario de

realización de los derechos y garantías de los intervinientes, cuyo propósito consiste en aproximarse racionalmente a la verdad y sobre ella, impartir justicia tal y como lo propone Urbano (2011).

Esta conceptualización permite comprender que la gestión del segundo conflicto no está condicionada por el primero, pues si las garantías y derechos han sido salvaguardados al interior de la actuación, la solución del conflicto originario penal pasará por la debida aplicación de las reglas dogmáticas y la debida dosificación del castigo, o bien por la declaración de no culpabilidad o absolución.

Entre ambos niveles penales (sustantivo y procesal) existe un elemento que hace las veces de conector, de enlace entre lo que acontece en el mundo real y el depositario del poder de decidir sobre el conflicto: La prueba.

La prueba acerca al Juez a la realidad, permitiéndole conocer una porción muy importante (aunque siempre incompleta) de la historia que tiene ante sus ojos y con base en ese conocimiento, juzgar acerca de la responsabilidad penal. Para que la prueba cumpla ese propósito, debe determinarse si esa aproximación razonable a la verdad está condicionada o no por el principio de legalidad en su obtención, ya que de ello dependerá la solución del interrogante planteado, esto es, si la regla de exclusión es o no, un instrumento necesario para el aseguramiento del debido proceso.

La cuestión radica, entonces, en averiguar si la legalidad de la prueba es un presupuesto epistémico para la obtención y valoración de la prueba, o si por el contrario, es apenas un referente de validez que no tiene por qué impedir que de la prueba fluya el conocimiento necesario para decidir en cada caso si el acusado es culpable, ora inocente.

A este respecto, cabe mencionar que la concepción del derecho penal como límite al ejercicio del poder, aunado a la consolidación del garantismo penal como dimanación del

reconocimiento y vigencia de los derechos humanos, ha conllevado a aceptar que la verdad no puede ser constatada a cualquier precio pues para ello el Estado debe respetar los límites impuestos por los derechos de los ciudadanos, quienes tienen derecho a que se respeten las reglas de juego preestablecidas (Bernal S., 2012). La consolidación de un Estado democrático de derecho ha aparejado que la única manera admisible de acercamiento judicial a la realidad a través de la prueba es la racionalidad, la cual está atravesada por el valor de la licitud. Racionalidad, en el contexto actual de la ciencia jurídica, significa legalidad y respeto de los derechos fundamentales en el recaudo de información relevante para ser presentada ante el Juez.

Sin embargo, en determinadas circunstancias esas pautas o reglas de juego también pueden ser entendidas como obstáculos para el acceso a la verdad en el proceso penal, concepción que choca frontalmente con la concepción que viene decantándose acerca de la consolidación del proceso penal como escenario de realización de los derechos y garantías.

Tal acontece, por vía de ejemplo, con la confesión como medio de prueba que posibilita un acercamiento a la verdad, pues se entiende que nadie más autorizado que el autor del delito para suministrar los detalles más específicos y difíciles de acreditar por otras vías, siendo históricamente considerado como la más fiable de las probanzas. Por supuesto, ello no descarta la existencia de falsas confesiones inducidas por muy variados móviles. Para constatar la importancia de la confesión para el sostenimiento del sistema penal, basta con observar que un muy alto porcentaje de procesos se resuelve por vía de aceptación de cargos, en los cuales va implícita la confesión, solución que aspira a ser aplicada en el 90% o más de los casos, reservándose el juicio para los eventos en los cuales se requiere una verdadera contradicción probatoria.

Quizá debido a la tendencia de recurrir a la confesión como momento cumbre de la actividad investigativa, aunado a su frecuencia en el quehacer jurisdiccional y en todo caso, a

partir de la adopción del Estado liberal y la fuerte influencia del reconocimiento de los derechos del hombre, surgió la necesidad de rodearla de una serie de garantías que están orientadas a preservar su carácter voluntario, de modo que se proscriban los ritos de la antigüedad y el medioevo como el tormento y los juicios de Dios, en los cuales la voluntad se veía avasallada por prácticas bárbaras carentes, incluso, de sentido común.

En ese decurso, a mediados del Siglo XX se expidió la sentencia del caso *Miranda vs Arizona* en Estados Unidos, que marca un verdadero hito frente a la regulación de la confesión estableciendo una serie de diques para su admisibilidad, entre las cuales cabe destacar la previa información sobre los derechos a la persona, que incluyen la posibilidad de optar por el silencio y la asistencia letrada, entre otras prerrogativas.

Frente a ese cúmulo de garantías, Laudan (2013) señala que no se trata de razones epistemológicas para controlar la admisibilidad de la confesión, pues en muchas ocasiones esas garantías impiden que la verdad aflore en el proceso penal obligando a los jueces a decidir en un sentido contrario a lo que ha ocurrido en el mundo fenomenológico. No obstante, reconoce que una confesión obtenida mediante coacción (violencia efectiva o amenaza) es probablemente menos fiable puesto que, para poner fin a la agonía, la persona puede terminar aceptando su responsabilidad en un crimen que no ha cometido.

Este autor explica que las reglas jurisprudenciales exigen que la confesión sea sometida a un triple test antes de considerarse admisible: 1. Su carácter voluntario; 2. La legalidad en su obtención, y 3. La corroboración. Frente a las dos primeras, explica que el mero hecho de que una persona se encuentre bajo custodia policiaca no implica por sí misma que la voluntad se encuentre diezmada, o que no exista; por tanto, considera que no existen razones epistémicas para desconfiar de la veracidad de la confesión desprovista de las garantías legales, salvo que exista violencia verdadera, la cual puede obligar a la persona a declarar en contra de sí misma de

manera infundada. En relación con la legalidad (causa probable para la detención, advertencia previa de los derechos, asistencia legal, término del interrogatorio, entre otras), estima el autor que se trata de garantías que no inciden en la fiabilidad de la confesión pues ésta puede resultar sincera y real aun con desconocimiento de las mismas, de donde colige que tales prerrogativas han sido adoptadas con un enfoque jurídico-político que nada tienen que ver con la necesidad de encontrar la verdad de los hechos juzgados. Por último, frente a la corroboración consiente el autor de que sí se trata de una exigencia epistémica pero entendida desde una perspectiva distinta a la que usualmente aplican los jueces; por tanto, únicamente estima corroborada una confesión no solo cuando existan otras pruebas que respalden lo dicho por el sospechoso (criterio cuantitativo), sino cuando de ese relato se extracte información que sólo este pueda conocer, o se conduzca a los investigadores hacia pruebas cuya existencia y ubicación solo conoce quien realmente confiesa.

Desde esta perspectiva, Laudan plantea que un verdadero inocente no confiesa la comisión de un crimen así hubiera sido sometido a la humillación del arresto, especialmente si esa confesión apareja muchos años de privación de la libertad; con base en ello, considera que no existen mayores razones para desconfiar de una confesión obtenida bajo custodia policial, siempre que sea relevante para solucionar el caso de una manera acorde con la realidad.

En criterio de Laudan, si se estima como coercitivo el ambiente de detención, ello no desaparece con el solo hecho de hacerle conocer al sujeto sus derechos y asegurarle la presencia de un asesor legal, siempre y cuando no medie violencia, razón adicional para asignarle a las garantías reconocidas en *Miranda vs Arizona* un talante no epistémico.

El punto de vista de este autor (cuyo interés es remover los obstáculos que impiden el conocimiento de la verdad) apareja una tensión con los derechos fundamentales de la persona sometida a persecución penal, que desde esa arista de examen, tienen por objeto asegurar el

carácter voluntario de la confesión, pero no su admisibilidad en términos de correspondencia con la verdad; por tanto, la supeditación de la decisión judicial a la legalidad en la obtención de la prueba es una decisión de carácter político que va más allá de del ámbito epistemológico. Tiempo atrás lo advertía Carnelutti cuando explicaba:

De forma general, probar significa, en efecto, demostrar la veracidad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal... Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significaría demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos (Carnelutti, 1947).

Y lapidariamente remata el mismo autor:

Basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenera en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo caso y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata ya de una búsqueda de la verdad material sino de un proceso de fijación formal de hechos (Carnelutti, 1947).

En la misma línea de Carnelutti se inscribe Wigmore quien plantea una noción abierta de la prueba:

a) la prueba es, ante todo, un fenómeno que pertenece a la esfera de la lógica y la racionalidad o, al menos, a la razonabilidad (ya sea en la versión de >sentido común< o en la más sofisticada que hace referencia a modelos lógicos y epistemológicos), mientras que sólo algunos aspectos de ese fenómeno están previstos y regulados por normas. Es incluso discutible la utilidad de esas normas, que era negada por Bentham, y en todo caso prevalecen las tendencias a reducir al mínimo indispensable la regulación normativa de las pruebas...; c) Las normas en materia de pruebas no sirven para definir y delimitar el concepto jurídico de prueba porque cualquier cosa que sirva para establecer un hecho es una prueba. Su única utilidad (al menos, en principio) es excluir la admisibilidad de algunos medios cuando existan razones específicas de exclusión... (Wigmore, 1937).

Frente al concepto de Laudan, cabría señalar que el ejercicio del poder punitivo es poder político en acción, que tiene como nota característica especial su operatividad en contra de la voluntad del ciudadano, cuya coerción se respalda en la fuerza institucional. La función del derecho penal no es ejercer más poder punitivo, sino crear mecanismos de contención que aseguren su racionalidad y humanidad en todas sus dimensiones: en la investigación, el procesamiento, juzgamiento y, primordialmente, en la ejecución del castigo. En relación con la prueba, esos mecanismos de contención se expresan en el conjunto de reglas que disciplinan la forma e instrumentos que pueden utilizarse para transmitir al Juez el conocimiento de la realidad, de manera que se minimicen los riesgos de error y arbitrariedad judicial.

Esos medios de conocimiento no son de creación legal, sino que tienen existencia ontológica al formar parte de la cotidianidad de la vida humana pues el hombre se comunica a

través de testimonios, evidencias, con sus sentidos y con el raciocinio basado en los datos de realidad (indicios). En tal sentido, el objeto del derecho probatorio consiste en fijar unas reglas mínimas para el desarrollo de esas actividades de comunicación en el contexto del proceso judicial, en donde se puede transmitir información de cualquier manera (libertad probatoria) pero con sujeción a unas limitaciones elementales de forma, nunca de fondo.

Aun en el marco de las reflexiones de los autores citados, es perceptible la necesidad de un derecho probatorio mínimo que dote de racionalidad el proceso de nutrir con información al Juez para que adopte sus decisiones sin tener que sacrificar los valores esenciales del ser humano en cuanto parte de una colectividad jurídicamente organizada. Desde esa perspectiva, la regla de exclusión constituye una intervención mínima en la actividad probatoria al interior del proceso penal, cuyo exclusivo interés radica en garantizar que el acercamiento del Juez a la verdad no signifique la destrucción de lo único con que cuenta quien es sometido a persecución penal: sus derechos y garantías.

Ahora bien, la superación de la tensión entre la necesidad de conocer la verdad y los derechos del acusado en tanto límites racionales a la investigación, necesariamente debe pasar por la definición de los estándares probatorios que cada modelo procesal adopta, sin perder de vista los fundamentos epistemológicos que derivan del carácter científico de la ciencia jurídica y con ella, de la actividad probatoria, pero sin desconocer los derechos, cuyo reconocimiento tanto le ha costado a la humanidad.

Para comenzar a tomar partido frente a la superación de la anotada discordancia, debe partirse de la idea plasmada en otro apartado de este trabajo, de acuerdo con la cual, es necesario que exista un marco constitucional que gobierne la actividad del Estado en su labor de desvirtuar la presunción de inocencia y con ello, declarar la responsabilidad penal. Ese marco constitucional es una necesidad (deber ser) que viene a regular una realidad (ser): La realidad es que el Estado

es el titular de la acusación⁴⁶ y con ella, del poder de investigar que se materializa en la búsqueda, hallazgo (aun coercitivamente) y aducción de pruebas para ser presentadas ante el Juez, quien tiene el poder para decidir sobre la reconstrucción de los hechos y su correspondencia con la verdad. Ello implica que la aniquilación institucional de la presunción de inocencia no comporta que la verdad surja como apodíctica e inexpugnable, ya que una verdad de semejante talante no es dable alcanzarla ni siquiera en el ámbito de las ciencias exactas, menos aún en las cuestiones del comportamiento humano como el derecho.

A este respecto, explica Ferrer (2008) que el objetivo institucional del proceso se enmarca en la relación teleológica entre la prueba y la verdad (aunque la segunda no es requisito conceptual de la primera), entendida como correspondencia con lo que ha ocurrido en el mundo; en ese sentido, la verdad es única, absoluta, total. La función procesal de la prueba estriba, entonces, en demostrar esa correspondencia teniendo en cuenta el carácter limitado del conocimiento, que se basa en la información recaudada, que por norma general es incompleta e insuficiente.

La corroboración o comprobación de un hecho (conocimiento) es gradual en la medida en que converjan medios para acercarse a la verdad, de donde surge que el razonamiento probatorio es probabilístico y debe someterse a unos umbrales mínimos de suficiencia que posibiliten la adopción de decisiones por parte de los jueces. De modo que la verdad a la que se pretende llegar no equivale a la certeza subjetiva, sino a un conocimiento racional, meridiano, verificable por medios de convicción que con seriedad permitan estimar realizada la conducta punible y colmada la exigencia epistémica de responsabilidad.

⁴⁶ Aunque en Colombia con el Acto Legislativo 6 de 2011 la acusación empieza a retornar a la víctima como al inicio de los tiempos en el derecho, cuando se conocía la vindicta.

De acuerdo con Laudan (2013) pueden identificarse dos grandes esquemas en lo atinente a los estándares probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia, a saber: De un lado, sistemas que exigen un alto nivel de conocimiento fundado en pruebas; y de otro, sistemas que establecen niveles no muy altos de certeza, que permiten adoptar decisiones con menor despliegue demostrativo. El primer sistema se caracteriza por demandar del acusador una actividad probatoria intensa, de modo que en tales regímenes es más difícil condenar a una persona porque el desmonte de la presunción de inocencia exige parámetros probatorios elevados, de modo que en esos esquemas la presunción en comento es bastante robusta; correlativamente, en estos modelos también es muy factible la absolución de culpables ante la dificultad que en muchas ocasiones surge para colmar las exigencias probatorias. En cuanto al segundo modelo, la situación es inversa pues ante un nivel de conocimiento bajo, resulta más factible la posibilidad de condenar incluso a inocentes por la debilidad de los estándares de conocimiento en torno a la responsabilidad penal.

La elección de uno u otro sistema, como anota Laudan, es una decisión política de cada Estado, que se finca en los perfiles de la política criminal y las concretas necesidades de fijar límites y controles al poder punitivo.

Sea cual fuere el estándar probatorio que se adopte, como principio rector debe tenerse en cuenta que, si la finalidad del proceso penal es lograr una aproximación racional a la verdad, ese objetivo debe estar ceñido a la necesidad de generar sentencias correctas, es decir, que declaren la responsabilidad del culpable y consecuentemente, reafirmen la inocencia de quien no lo es, con lo cual se entrelazan los dos tipos de conflicto que se gestionan al interior de la actuación penal. Si de lo que se trata en el proceso penal es de respetar y hacer efectivas las garantías de los intervinientes, especialmente de quien es imputado o acusado de la comisión de un delito, entonces el modelo probatorio debe ocuparse también de diseñar normas que hagan realidad el

escenario de los derechos y garantías, pero que al mismo tiempo sean idóneas para evitar la emisión de sentencias falsas, esto es, decisiones que declaren falsos culpables y exoneren de castigo a falsos inocentes. En este contexto, la regla de exclusión viene a operar como una especie de catalizador que solo permite la fundamentación probatoria de la sentencia sobre elementos de conocimiento que se ajusten a la legalidad (en sentido amplio) y brinda la oportunidad de producir decisiones con alto grado de conocimiento y sólido respaldo legal.

Pero bien puede ocurrir que el acceso a la verdad sea impedido por razones de legalidad, o que la misma sea obtenida por medios ilícitos como la tortura, la confesión inducida, la vulneración de garantías constitucionales como la intimidad, la defensa o el debido proceso, eventos de no poca ocurrencia, que reflejan una disyuntiva entre decidir sobre lo probado (así sea ilegalmente) o, rechazar y excluir la prueba así resulte muy fiable y pertinente en aras de proteger la amalgama de derechos y garantías.

En el primer supuesto, la verdad se impondrá y la legalidad será la gran sacrificada, lo cual sería compatible con la necesidad epistemológica de producir sentencias verdaderas; sin embargo, ello no sería muy acorde a los cánones democráticos por cuanto los parámetros legales para la obtención de evidencias tendrían solo un valor simbólico o formal. Si se sigue esta corriente, que es la del *Common Law* que por más de cien años imperó en Estados Unidos, podría llegarse al extremo de condenar penalmente a una persona con base en pruebas inconstitucionales, pero al mismo tiempo compensarle con una indemnización de los perjuicios irrogados con la actividad investigativa ilícita, aunado a la imposición de sanciones contra quien orquestó tales violaciones, solución que difícilmente resulta admisible en términos de coherencia sistemática del orden jurídico.

Semejante cuadro resulta extraño en el entorno jurídico nacional, cuyas bases fueron construidas desde los sistemas romano germánicos y por tanto, con una larga tradición de

vigencia del principio de legalidad que, en modelos como el *Common Law*, tiene una connotación diversa que rompe los más profundos cimientos de nuestra formación jurídica como quiera que, admitir la posibilidad de condenar a una persona con pie en pruebas ilícitas, atropella frontalmente los principios del Estado democrático.

Este es un efecto no advertido por el legislador penal de 2004 cuando decidió implementar un modelo de enjuiciamiento con tendencia acusatoria, que tiene a la regla de exclusión como uno de sus rasgos característicos, ya que, en su país de origen, esta regla es contestataria, revolucionaria y anti anglosajona que viene a oponerse a una tradición que resulta extraña en nuestro entorno.

4.2 Propuesta para reformular las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal.

La descripción que se ha hecho de la regla de exclusión y sus regímenes de excepción reflejan una inocultable realidad: Cuanto más se haga énfasis teórico y principialístico en la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el proceso penal, más próxima está su vulneración efectiva mediante pruebas ilícitas.

Salvo contados y muy excepcionales casos, la inmensa mayoría de eventos de prueba ilícita termina resolviéndose mediante la declaratoria de no haberse demostrado la infracción a derechos constitucionales, exigiendo para ello un estándar probatorio que raya en certeza absoluta⁴⁷. Los demás asuntos se resuelven a través de una de sus múltiples excepciones pues se

⁴⁷ En Estados Unidos *Mapp vs Ohio*. En Colombia, el auto proferido el 18 de mayo de 2011 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 28977 constituye el único referente realmente trascendental de aplicación efectiva de la regla de exclusión.

aduce que la prueba es independiente (aunque en realidad no lo sea); o que tiene un vínculo atenuado con la prueba ilícita directa; o que fatalmente su descubrimiento era inevitable y modernamente, que la policía obró de buena fe y por tanto, carece de sentido y vigencia el efecto disuasorio dando lugar a la admisibilidad de la prueba ilícita. El modelo ha sido tan exitoso que el sistema penal americano lo ha convertido en uno de sus productos de exportación, siendo replicado con entusiasmo en Iberoamérica, donde no solamente se ha instalado sino que ha extendido su radio de acción como se observa en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal de Colombia y la jurisprudencia española con la adopción de la teoría de la desconexión de antijuridicidad, que no es más que un nivel más avanzado de sofisticación de la excepción del vínculo atenuado.

Una investigación llevada a cabo por el profesor Sierra (2012) demuestra que la gran tendencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia es la no exclusión de la prueba ilícita, dato que se extrae después de haber inspeccionado más de 50 providencias emitidas en un lapso de 5 años, lo cual da una idea sustentada de lo que se ha expuesto.

Ese dato puede interpretarse como que los funcionarios de policía judicial encargados de recolectar la evidencia han realizado su labor en un marco de respeto irrestricto a los derechos humanos, razón por la cual su labor ha merecido el respaldo de las instancias judiciales. Sin embargo, la realidad es menos alentadora ya que en muchos de esos casos si hubo violaciones graves de derechos constitucionales, pero los funcionarios judiciales no accedieron a declararlas para no afectar la reputación del sistema judicial, ora para mantener el “orden jurídico” y en fin, con base en otras razones amparadas bajo el ropaje obscuro de la política criminal

Paradójicamente, la no aplicación de la regla de exclusión reporta enormes beneficios para el titular de la acusación penal: De un lado, gana prestigio en términos de legitimidad al promover expresa y vigorosamente los derechos fundamentales y su respeto irrestricto en el

proceso penal; y por el otro, le permite mostrar resultados positivos en términos de impunidad, principalmente cuando las demandas de justicia se incrementan en la sociedad, mostrando la necesidad de sacrificar las formas legales en aras de la justicia, la seguridad, el bien común, entre otros elementos en que se cimienta el discurso del poder.

En ese contexto, la regla de exclusión se ha convertido en un instrumento más del eficientismo penal fundado en el desconocimiento de los derechos fundamentales, orientación que debe ser replanteada con el fin de que esta herramienta cumpla la función que legítimamente le corresponde en el sistema procesal colombiano y se utilice como una auténtica barrera intra procesal de defensa de los derechos constitucionales, como se planteó en el capítulo anterior.

En este propósito, es imposible perder de vista el objeto y finalidad de la prueba en el proceso penal, de manera que el objetivo de la regla de exclusión resulte compatible con el fin de aproximarse racionalmente a la verdad y sobre esa base, intentar producir sentencias verdaderas.

A esta altura, es necesario aclarar que el problema de la eficacia de la regla de exclusión no consiste tanto en sus fundamentos (aun cuando ello determina su contenido), sino más bien en las excepciones a su aplicación, al punto de que cabría preguntarse si resultan o no necesarias para asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal, no solo desde el ámbito probatorio, sino desde la realización de los derechos fundamentales.

En principio, se dirá que para hallar la verdad en el proceso penal las autoridades no necesitan violentar los derechos de los ciudadanos ya que cuentan con innúmeras y poderosas técnicas y métodos legales para acreditarla; sin embargo, la realidad muestra que a conocimiento de las altas Cortes de Justicia en el mundo han llegado casos aberrantes de infracción de derechos que han merecido una acción decidida de los jueces en materia de exclusión, siendo

infortunadamente una inmensa minoría, lo cual puede dar una idea de la cifra negra de la ilicitud probatoria que no llega a ocupar los anaqueles de la jurisprudencia⁴⁸.

El ideal de aproximarse a la verdad de un modo racional y legal es todavía lejano y la realidad parece avasallarlo a pesar de las provisiones legales que establecen sanciones y consecuencias de variada estirpe; quizás, como sostiene Hassemer (2016), ello se deba a la proclividad del ser humano por cometer conductas que desde la ley se pretenden reprimir, prueba fehaciente de lo inane del castigo, pero este se acostumbró tanto a la idea de la sanción que ya es insostenible la idea de un vida sin este elemento, que hasta en ocasiones se disfruta aplicándolo.

Estas ideas sugieren que, aunque no es lo deseable, pareciera necesario admitir que no siempre la sentencia judicial deba fundamentarse en pruebas legítimamente producidas, máxime en aquellos casos en donde la ilicitud de la prueba riñe o impide el surgimiento de la verdad y con ello, de la justicia material, aunque en ocasiones ello sea más un sentimiento social que una necesidad jurídica genuina.

Ciertamente, existen casos en los cuales la ilicitud es tan protuberante como la verdad, generalmente cuando ella apunta hacia la responsabilidad penal, como en la Sentencia *Nix vs Williams* extractada de la jurisprudencia americana, donde la ilegitimidad de la confesión del sospechoso fue tan grande como que el capturado (ilegalmente) había cometido un crimen execrable contra una niña de 10 años, caso que en idénticas condiciones se repitió en Alemania, donde el jefe de la policía ordenó expresamente la tortura del sospechoso para hallar a la víctima hija de un banquero, cuyo cadáver apareció como consecuencia de esa probanza inconstitucional (Hassemer, 2016).

48 Ejemplo paradigmático es la Sentencia del caso *Mapp vs Ohio* de 1961.

En esos casos límite pareciera necesario convivir y aceptar la ilegalidad de la prueba para garantizar que la sentencia sea acorde con el dato de realidad conocido en el proceso, es decir, que sea condenatoria; ello sería preferible a una sentencia de carácter absolutorio, respetuosa de la legalidad, pero falsa desde el punto de vista fáctico. La razón para admitir el proferimiento de condena en tal caso no es porque la prueba ilícita sea independiente; o que su nexos con la originaria sea tenue; o que a pesar de lo ilícito de su aducción inexorablemente iba a ser ubicada por medios legales, ni por ninguna otra de las justificaciones que se han ensayado para permitir su valoración. Todos esos criterios excepcionales resultan deshonestos al pretender ocultar la realidad (el carácter ilícito de la prueba) mediante discursos metajurídicos rimbombantes que incluso, atentan contra la inteligencia humana al afirmarse en uno de ellos (el descubrimiento inevitable) que ineluctablemente la prueba iba a ser hallada por medios legales y que por eso se justifica su ilícita aducción. La verdadera razón para aceptar una sentencia condenatoria basada en pruebas ilícitas es porque ellas muestran la verdad, la misma que ha sido imposible averiguar a través de medios legítimos. Esa verdad dimana nítida, evidente y notoria de los medios cognitivos que de ninguna otra forma ha sido posible, racionalmente, adquirir.

Luego, para asegurar la consecución del fin básico del proceso penal, forzosamente habrá de aceptarse que, cuando esa verdad sea acreditada por fuera de los cauces institucionales en materia de protección de derechos constitucionales, deberá obviarse el desvío de la senda legal y admitirse la fundamentación de la decisión sobre lo efectivamente probado, así ello no coincida con lo legalmente demostrado.

Sin embargo, esta pauta debe ser matizada para evitar su perversión, partiendo de la base de que se trataría de la única excepción a la exclusión de la prueba ilícita por ser más acorde con la finalidad epistemológica del proceso penal. Además, deviene preferible este criterio sobre aquellas excepciones construidas por la jurisprudencia y recogidas por el legislador, que basan su

procedencia en la justificación de la vulneración de los derechos fundamentales con razones contrarias a la Constitución Política.

En definitiva, para guardar simetría con la búsqueda racional de la verdad como fin esencial del proceso penal, únicamente sería admisible la prueba ilícita cuando ella revele la verdad de lo ocurrido en el mundo exterior (usualmente el pasado), de suerte que lo declarado en la sentencia corresponda con lo acontecido en la realidad (Ferrer, 2007). A esta solución es necesario arribar por cuanto la prueba ilícita es altamente sospechosa de alterar la realidad (Nieva–Fenoll, 2017), luego es preciso imponer controles para evitar su tergiversación, aceptando solo la valoración de pruebas ilícitas cuando ellas muestran una verdad notoria e incuestionable.

Para que esta solución funcione adecuadamente, es necesario fijar algunos límites, entre los cuales cabe indicar su carácter restrictivo, en el sentido de que esa verdad que muestra la prueba ilícita sea notoria, evidente, innegable, que no sea discutible desde el punto de vista material. Adicionalmente, para evitar que con el pretexto de hallar la verdad se incurra en violaciones permanentes de los derechos fundamentales, se debe adoptar como criterio que todas las actuaciones de investigación que impliquen afectación de los derechos fundamentales deban contar con autorización judicial previa y control posterior a su realización, salvo que se acredite el carácter urgente de la intervención, o que se cuente con un consentimiento válido, legítimo y verdadero por parte de la persona afectada.

En cuanto a lo primero, cabe mencionar que el ordenamiento jurídico colombiano establece un principio constitucional en cuya virtud toda intervención en fase de investigación que afecte derechos fundamentales debe contar con el aval del Juez con funciones de Control de Garantías⁴⁹, lo que evidentemente es una garantía para el ciudadano y realza la importancia de

⁴⁹ Así se ha declarado, entre otras, en la Sentencia C-336 de 2007 de la Corte Constitucional.

salvaguardar la licitud de las pruebas con base en el respeto de los derechos fundamentales.

Dispone el artículo 250 de la Constitución Política que, como titular de la acción penal y en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.
2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

A pesar de la consagración expresa de estas garantías en la Constitución Política, la práctica forense continúa demostrando que las Historias Clínicas se obtienen sin ninguna clase de orden judicial ni control posterior⁵⁰, así como que muchas interceptaciones telefónicas se llevan a efecto en las mismas condiciones⁵¹, por solo mencionar dos de los eventos que con mayor frecuencia provocan reclamos de exclusión probatoria.

⁵⁰ Ejemplo de ello es el auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal No. SP3229-2019 del 14 de agosto de 2019. Magistrado Ponente Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁵¹ Ejemplo de ello es el auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal No. AP2901-2019 del 17 de julio 2019. Magistrado Ponente Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

En lugar de desalentar la promoción y defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal, debe seguirse insistiendo desde todos los ámbitos (la academia es uno de ellos) en la imperiosa necesidad de contener el uso desmedido del poder penal a lo cual contribuye, sin hesitación alguna, la regla de exclusión.

En cuanto a lo segundo, la única fundamentación para aceptar la valoración de una prueba ilícita giraría en torno a la imposibilidad jurídica o material de acceder a la orden judicial (previa, o al control posterior) teniendo en consideración la urgente necesidad de acceder a la fuente de prueba con miras a evitar su pérdida o alteración, siempre que el caso sea de tan extrema gravedad que permita aplicar un test de proporcionalidad seguro, confiable y legítimo. Esa urgencia debe aparecer evidente, notoria, razonable y basada en elementos materiales, información o evidencias que le permiten al Juez apreciar la prueba ilícita a sabiendas de que por otro medio sería imposible su recaudo, se insiste, siempre que el caso revista una gravedad extrema.

Es probable que, existiendo el aval judicial para la afectación de los derechos, este sea insuficiente, infundado o ilegítimo, por lo que debe hacerse especial énfasis en la necesidad de basar este tipo de determinaciones en motivos epistemológicos que permitan un adecuado control por parte de todos quienes intervienen en la actuación, en especial por la parte afectada con la limitación de sus derechos.

Estos criterios objetivos de control de la prueba ilícita impiden la proliferación de excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, así como la utilización de los ya existentes en los cuales se pone al Juez en una situación epistemológicamente insostenible: Fingir que la ilicitud probatoria no existe, o justificarla de alguna manera con tal de negar la exclusión probatoria,

actuación que generalmente concluye en una condena, tal y como es la tendencia en la jurisprudencia colombiana.

La propuesta desarrollada ha sido aplicada en algunas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación penal, aunque de un modo indirecto, pero que en todo caso resulta compatible con lo expuesto. Desde la sentencia del 9 de febrero de 2002 (Radicación 19219) se ha venido avalando la actividad de la víctima de una conducta punible consistente en la recaudación de evidencia e información que, a su turno, implica la vulneración de derechos fundamentales del victimario, como el secreto de las comunicaciones privadas⁵².

La no exclusión (admisibilidad) de esa información obtenida en desmedro de la privacidad de las comunicaciones no se ampara en ninguna de las excepciones a la regla de exclusión conocidas a nivel jurisprudencial y legal, sino en la imperiosa necesidad de asegurar la prueba por parte del sujeto pasivo de la conducta y respaldar su posterior declaración, aunado a la imposibilidad fáctica de contar con aval judicial previo.

Esas condiciones no son absolutas porque no en todos los casos resultan aplicables, circunstancia que obliga a realizar el examen en forma particular, pero partiendo siempre del presupuesto de que la agresión de derechos fundamentales no puede pasar inadvertida en la fundamentación probatoria de las determinaciones jurisdiccionales.

Solo por excepción se podrá admitir una prueba lesiva de tales derechos cuando resulte palmario el hecho probado, así como la imposibilidad de agotar los controles establecidos para su afectación habiendo bases reales para ese proceder, no argumentaciones falaces y materialmente infundadas.

⁵² Este criterio ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la Sentencia del 6 de agosto de 2003, Radicado 21216.

Como puede apreciarse, es posible conservar la regla de exclusión al interior del proceso penal como regla de derecho probatorio orientada a la protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, sin el riesgo de que su eficacia se vea limitada por las múltiples excepciones que históricamente se han aducido para que el Juez descarte la apreciación de medios de prueba ilícitos. Ha llegado el momento de contener la proliferación de excepciones a la exclusión de pruebas ilícitas, que en muchas ocasiones ha cubierto con el manto de la impunidad los más graves e intolerables atropellos a los derechos y garantías de los ciudadanos. En lugar de ello, se propone una metodología que compatibiliza las necesidades epistemológicas del proceso penal con los derechos esenciales del ciudadano sin que estos tengan que ser sacrificados de modo absoluto, tal como hasta ahora ha ocurrido.

La jurisprudencia colombiana ha dado pasos significativos al admitir pruebas ilícitas sin consideración a las excepciones importadas desde el sistema penal norteamericano, permitiendo una ecuación entre los derechos de la víctima, las necesidades de conocimiento del proceso y las condiciones para estimar colmadas las exigencias constitucionales para la afectación de derechos fundamentales de la persona investigada, con lo cual se evidencia que la regla de exclusión es un instrumento para la realización del debido proceso bajo unos parámetros objetivos, en cuya consolidación este trabajo pretende aportar.

Ejemplo de lo que acaba de expresarse es la Sentencia SP1591-2020 del 24 de junio de 2020 proferida por la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal, Radicado 49323) a través de la cual se avaló la incorporación de un video (prueba documental) grabado por la madre de una menor de edad víctima de abuso sexual, quien ante las sospechas procedió a instalar un dispositivo celular en modo grabación sin contar con la autorización expresa de la persona mayor de edad que aparece cometiendo el atropello a la libertad sexual. La Corte Suprema de Justicia no duda en catalogar como válida la obtención del elemento probatorio pues pese a contener una afectación

profunda del derecho a la intimidad al no contarse con el consentimiento por parte de la persona afectada, la urgente necesidad de preconstituir la prueba aunado a la gravedad de la conducta tornan innecesaria la orden judicial previa que, como regla general, se exige para la afectación legítima de los derechos fundamentales, sin que para ello hubiere resultado necesario acudir a los criterios previstos en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal.

Desde el punto de vista epistemológico, la jurisprudencia estima en este caso que la licitud de la prueba se halla asegurada porque la patria potestad permite que los padres realicen grabaciones de sus hijos sin importar el fin de las mismas. Aun cuando pudiera discutirse la constitucionalidad y alcance general de este argumento, lo cual desborda los propósitos de este trabajo, es factible observar que la obtención del elemento cognitivo puede resultar lesiva de los derechos fundamentales de la persona que es sometida a ulterior persecución penal, al margen de las circunstancias específicas en que se desarrolló la conducta punible (lugar de residencia de la víctima) y las calidades especiales del sujeto pasivo de la misma.

Lo interesante de la providencia examinada es que prohíja los criterios que en este trabajo se han expuesto para admitir la incorporación al juicio de medios probatorios que podrían ser considerados ilícitos, sin tener que justificar su admisión por la vía de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita contempladas en el Código de Procedimiento Penal. Tales criterios son: la urgente necesidad de asegurar la prueba, la gravedad de la conducta punible, la verdad del hecho y la imposibilidad de obtener una orden judicial que legitime la intervención en la esfera de los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, concurren razones para comprender que estos elementos son los que condicionan la idoneidad de la regla de exclusión como instrumento de realización del debido proceso sin que su eficacia sea vea limitada por las exigencias que, contra el orden constitucional, ha decidido importar el legislador nacional.

CONCLUSIONES

A pesar de su independencia política de la corona británica, cristalizada en una Constitución que aglomeró el sentir de las colonias en suelo americano, el sistema jurídico de Estados Unidos no abandonó del todo los perfiles generales provenientes del *Common Law* pues durante más de cien años de vida republicana los jueces norteamericanos continuaron aplicando en la solución de sus casos las reglas de aquel sistema jurídico, caracterizadas por concebir la actividad probatoria desde una perspectiva utilitarista, de acuerdo con la cual, la decisión judicial debe cimentarse sobre el carácter confiable y seguro de la prueba en relación con la acreditación de la responsabilidad penal, con independencia de los medios a través de los cuales fue obtenida la fuente de conocimiento.

Frente a comprobadas agresiones de derechos constitucionales en el marco de investigaciones criminales, el sistema del *Common Law* no contempla la exclusión del medio de prueba así obtenido, sino que se decanta por la aplicación de sanciones y consecuencias para el agente infractor en los campos civil, administrativo, disciplinario y de ser procedente, penal.

Solo hasta comienzos del Siglo XX la jurisprudencia norteamericana empieza a distanciarse de los criterios del *Common Law* frente a las consecuencias de las infracciones a derechos en las investigaciones penales, adoptando como criterio que la prueba producida en tales condiciones debe ser excluida por vulnerar la cuarta enmienda de la constitución americana, así de manera expresa esta consecuencia no se halle contemplada de modo expreso en el texto constitucional. Posteriormente, el fundamento constitucional de la *exclusionary rule* se hizo residenciar en los contenidos de las enmiendas quinta, sexta y decimosexta, para integrar así un complejo y extenso panorama constitucional. En el sistema angloamericano la regla de exclusión tiene un doble fundamento: la protección de los derechos reconocidos en la *Bill of Rights* y la

prevención a los servidores judiciales para que se abstengan de quebrantar derechos en forma ilegítima, so pena de que la prueba así practicada resulte anulada. Adicionalmente, los jueces norteamericanos comprendieron la necesidad de extender los efectos de la exclusión hacia todas aquellas pruebas que tienen su origen en la infracción de derechos constitucionales, configurando de esa manera la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Por otra parte, la adopción de la *exclusionary rule* jamás ha sido pacífica ni uniforme en el contexto del sistema penal norteamericano, lo cual se evidencia en las agrias disputas jurídicas al interior de la Corte Suprema de Justicia y la resistencia histórica de una buena cantidad de Estados federados por aceptar su incorporación a las legislaciones internas. Ello obedece, entre otras razones, a que la exclusión probatoria produce una sensación de impunidad y de indefensión social frente a la criminalidad, que lastima fuertemente la conciencia jurídica norteamericana.

En ese contexto de confrontación, se tiene que, desde el mismo momento en que se adoptó la regla de exclusión de la prueba ilícita, se contemplaron alternativas para contener el rigor de sus efectos a través de criterios de excepción, en virtud de los cuales los jueces están habilitados para valorar el mérito de una prueba ilícita cuando existan razones que lo justifiquen. La fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el acto libre de voluntad, entre otros, son criterios de origen jurisprudencial que a lo largo de la historia han justificado la apreciación de pruebas ilícitas por parte de los jueces norteamericanos hasta el extremo de llegarse a invertir el diseño original, y en ese sentido, sin exageración de ninguna especie, puede afirmarse que la prueba ilícita no será excluida de la actuación procesal penal, salvo que no exista ninguna justificación para conservarla en el proceso.

Desconociendo todo ese contexto histórico de adopción de la regla de exclusión, el legislador colombiano optó por incorporarla en el esquema de procedimiento penal vigente desde la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, soslayando que la

proliferación de excepciones a su aplicación ha conllevado a la crisis del instituto jurídico, al punto de que la doctrina especializada empiece a promover su reformulación.

Ello ha ocasionado una palmaria contradicción de los criterios de excepción a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus derivadas (salvo la fuente independiente, que en realidad que no es una auténtica excepción) con el artículo 29 de la Constitución Política, a pesar de lo declarado por la Corte Constitucional C – 591 de 2005, panorama que impone la obligación de diseñar estrategias para contemplar excepciones a la exclusión sin tener que sacrificar los derechos fundamentales con base en razones tan deleznable como las que inspiraron la adopción de éstos criterios en el contexto de la jurisprudencia norteamericana, que resulten compatibles con las necesidades epistemológicas del proceso penal y los valores democráticos en que se cimienta.

Si se conviene en que la finalidad legítima del proceso penal, desde la perspectiva probatoria, consiste en obtener un acercamiento razonable a la verdad (sin que ello implique una obsesión infundada e irreal de encontrar la verdad absoluta) y a partir de allí aplicar justicia, entonces el proceso debe garantizar que la sentencia sea correcta, es decir, que la verdad declarada en el proceso corresponda con lo ocurrido en el mundo exterior.

Esto muestra que la prueba ilícita apareja una grave paradoja: si se excluye de la actuación y se absuelve al acusado con base en la necesidad de proteger sus derechos constitucionales, ese fallo será jurídicamente correcto, pero falso desde el punto de vista factual; por el contrario, si se atiende a la verdad ilícitamente mostrada por la prueba, y en consecuencia se condena al acusado, el fallo será materialmente correcto, pero jurídicamente inadmisibles.

Para armonizar la necesidad procesal de aproximación razonable a la verdad con el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes, parece necesario aunque no deseable, aceptar que en algunos eventos extremos y verdaderamente excepcionales, el juez

pueda basar su decisión en pruebas producidas por fuera del marco institucional, ya que a pesar de la consagración constitucional y legal de fuertes restricciones a la afectación de derechos fundamentales en el marco de la investigación penal, la práctica forense sigue mostrando que la infracción de derechos no deja de ser una constante.

En tal sentido, es preferible admitir que, en casos de extrema gravedad, el juez esté habilitado para valorar una prueba ilícita cuando se acredite que su obtención resultaba imposible a través de los mecanismos constitucionales y legales vigentes (motivos fundados, orden judicial previa y control judicial posterior), aunado al carácter notorio e incontrastable de la verdad que surge de la prueba así practicada. Esta solución se ofrece preferible sobre los diversos, multiformes e inconstitucionales criterios de excepción creados por la jurisprudencia norteamericana e importados, sin más, por el legislador colombiano.

Desde luego, esa sería la única excepción admisible para la no exclusión de pruebas derivadas de las ilícitas (que por ello también son ilícitas), la cual debe estar rodeada de severas limitaciones vinculadas con el carácter evidente de la verdad, aunado a la existencia de motivos epistémicos que justifican la infracción de derechos fundamentales de modo que no ocurra lo que generalmente sucede en suelo patrio, donde las excepciones terminan tergiversadas hasta desvirtuar las reglas generales.

La respuesta al problema de investigación es que los criterios de excepción a la exclusión de la prueba ilícita no constituyen instrumentos de realización del debido proceso; por tanto, para que la regla de exclusión pueda servir para ese propósito, debe reconfigurarse como un mecanismo interno de protección de derechos humanos en el proceso penal y adoptar unas condiciones materiales para que solo pueda ser exceptuada en casos de extrema gravedad y urgencia que impidan la obtención de la prueba en desmedro de tales derechos.

REFERENCIAS

Ambos, K. (2008). *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización*. En Gómez, J.L. (Coord.). *Prueba y proceso penal: análisis especial de a prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado* (pp. 325 – 360). Valencia: Tirant lo Blanch.

Armenta Deu, T. (2011). *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Becerra Mojica, L. (2005). *La Cláusula de Exclusión y el Juez de Garantías. Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre.

Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2004). *El Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal S., C. E. (2012). *¿Verdades ilícitas? Acerca de las pruebas ilícitas y su exclusión en el proceso penal colombiano*.

Carnelutti, F. (1947). *La prova civile*. Roma: Edizioni dell Ateneo.

Chiesa Aponte, E., Granados Peña, J., & Cancino, A. (1993). *Comentarios al Código penal modelo para los EEUU. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana*. Bogotá: Editorial Jurídica Futuro.

Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía.

Daza González, A. (2016). *Reglas de producción de las pruebas y reglas de exclusión en sede de casación penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- De la Rúa, F. (2002). *La doctrina de los frutos del árbol prohibido. En La Prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Echeverri Salazar, O. (2003). *Debido Proceso y Pruebas Ilícitas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Fernández León, W. (2010). *Procedimiento penal acusatorio y oral*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.
- Ferrer Beltrán, J. (2008). *Valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Fidalgo Gallardo, C. (2000). *Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Gascón Abellán, M. (2006). La prueba y su institucionalización: la presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la prueba. En D. G. L. y M. T. Jordi Ferrer Beltrán (Ed.), *Estudios sobre la prueba*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Gimeno Sendra, V. (1996). Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. *Revista La Ley*, 40(24).
- Gómez, J. L. (2008). *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre el desarrollo futuro inmediato*. En *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado* (pp.107 – 147). Valencia: Tirant to Blanch.
- González i Jiménez, a. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Madrid: JM BOSH EDITOR.
- Gudín Rodríguez – Magariños, F. (2017). *Introducción al derecho Norteamericano*. Barcelona: Ediciones experiencia.

- Hassemer, W. (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las que vale la pena la pena*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Hernández Basualto, H. (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Hoyos, A. (2004). *El Debido Proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Jaramillo Diaz, J. (2005). *La Cláusula de Exclusión y el Juez de Garantías. Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.
- Lizcano Bejarano, J. (2015). *La cláusula de exclusión*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Luengo, T. (2008). *Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Martínez García, E. (2003). *Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Medina Rico, R. (2017). *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico – práctico en derecho comparado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Mill de Pereyra, R. (2017). *Prueba Ilícita en el proceso penal argentino. La Prueba, homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia en colaboración con el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Miranda Estrampes, M. (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosh editor.
- Muñoz Neira, O. (2006). *El sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Legis.

- Nieva–Fenoll, J. (2017). Conferencia internacional sobre la regla de exclusión [video].
 Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=nWJeicB1z8c>
- Novoa Vleásquez, N. (2011). *La prueba testimonial*. Bofotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Pedraza Jaimes, M. (1999). *Camino hacia una Dogmática Procesal Penal en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Picó i Junoy, J. (2005). *La Prueba Ilícita y su control Judicial en el proceso civil. Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre.
- Silva Melero, V. (1963). La Prueba Procesal. *Revista de Derecho Privado*.
- Sierra Fajardo, O. (2012). *La prueba ilícita: alcance legal y constitucional en la legislación colombiana*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Urbano Martínez, J. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Wigmore, J. H. (1937). *The science of Judicial Proof as given by Logic, Psychology and General Experience, an Illustrate in Judicial Trials*. Boston: Brown & Co.

Normatividad

Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. D. O. N° 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Congreso de la República. Ley 600 de 2000. Por la se expide el Código de Procedimiento Penal. D. O. N° 44.097 de 24 de julio de 2000.

Jurisprudencia.

Corte Constitucional, Sentencia C – 150 de 1993. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C – 491 de 1995. M.P. Dr. Antonino Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C – 217 de 1996. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia SU – 159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C – 591 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C – 1154 de 2006. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 8 de 2014. - Rad. 18451. M.P Dr. Herman Galán Castellanos

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto SP3229-2019 del 14 de agosto de 2019. – Rad. 54723. M.P Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP-2901-2019 del 17 de Julio de 2019. – Rad. 55136. MP. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de agosto 11 de 2015 – Rad. 46102. M.P Dr. Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de octubre 27 de 2014 – Rad. 34282. M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de mayo de 2011- Rad. 28977.

Páginas Web

Nieva-Fenoll, J. (2017). Conferencia internacional sobre la regla de exclusión [video].

EFAJA Lima. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=nWJeicB1z8c>

Jurisprudencia de Estados Unidos

Adams vs New York. Caso No. 192 U.S 585 (1904)

Boyd vs United States. Caso No. 166 U.S 616 (1886)

Breiphaupt vs Abram. Caso No. 352 U.S 432 (1957)

Byars vs United States. Caso No. 273 U.S 28 (1927)

Elkins vs United States. Caso No. 364 U.S 206 (1960)

Goulad vs United States. Caso No. 255 U.S 298 (1921)

Hale vs Henkel. Caso No. 201 U.S 43(1906)

Hudson vs Michigan. Caso No. 547 U.S 586 (2006)

Irvine vs California. Caso No. 347 U.S 128 (1954)

Lustig vs United States. Caso No. 338 U.S 74 (1949)

Miranda vs Arizona. Caso No. 384 U.S 436 (1966)

Mapp vs Ohio. Caso No. 367 U.S 473 (1961)

Nardone vs United States. Caso No. 308 U.S 338 (1939)

Nix vs Williams. Caso No. 467 U.S 431 (1984)

Rea vs United States. Caso No. 350 U.S 214 (1956)

Rochin vs California. Caso No. 342 U.S 165 (1952)

Sylvertorne Lumber & Co. vs United States. Caso No. 251 U.S 385 (1920)

Twining vs New Jersey. Caso No. 211 U.S 78 (1908)

Weeks vs United States. Caso No. 232 U.S 383 (1914)

Wolf vs Colorado. Caso No. 338 U.S 25 (1949)

Wong Sun vs United States. Caso No. 371 U.S 471 (1963)

Herring v. United States. Caso No. 555 U.S 135 (2009)

De Reino Unido

Entick vs Carrington. 19 Howell's State Trials 1154. Eng. Rep. 489 (1763).

Wilkes vs Wood. 19 Howell's State Trials 1030,95. Eng. Rep. 807 (1765).