

**EXCLUSIÓN PRUEBA ILÍCITA EN LA DILIGENCIA DE REGISTRO Y
ALLANAMIENTO DE INMUEBLES**



**Presentado por:
OLGA LUCIA SOCADAGUI MANOSALVA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
TUNJA
2018**

**EXCLUSIÓN PRUEBA ILÍCITA EN LA DILIGENCIA DE REGISTRO Y
ALLANAMIENTO DE INMUEBLES**

**Presentado por:
OLGA LUCIA SOCADAGUI MANOSALVA**

**Al Docente:
Dr. FABIO REY NAVAS**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
TUNJA
2019**

AGRADECIMIENTOS

Expreso mi mayor agradecimiento, a la Universidad Santo Tomás de Tunja, por brindar su apoyo y toda su colaboración para la realización de este proyecto, a Dios y a la Virgen por permitirme culminar una etapa más de mi vida, a mis padres por ser quienes me han guiado para cumplir mis proyectos y me han apoyado incondicionalmente para culminar con éxito las metas propuestas. A mi hija Stefania por ser mi motor y la alegría más grande de mi vida, quien con su ternura y cariño me impulsa a seguir adelante.

Nota de aceptación

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Tunja, Noviembre de 2018

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
1.1. Planteamiento del Problema.....	8
1.2. Justificación de la investigación.....	12
1.3. Estructura- Objetivos	13
CAPÍTULO I LA PRUEBA ILÍCITA- CONTEXTO	16
1.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PRUEBA ILICITA EN COLOMBIA	16
1.2. PRUEBA ILÍCITA Y EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	22
1.2.1. Derecho al debido proceso en Derecho Penal	26
1.2.2. Teoría del Caso	27
1.2.3 Valoración de la Prueba.....	29
1.3. Sistema Penal Acusatorio Colombia. En busca de la garantía de Derechos Fundamentales dentro del marco del proceso penal.....	33
CAPÍTULO II.....	41
EXCEPCIONES DE LA REGLA PROBATORIA DE EXCLUSIÓN	41
2.1. Definición Doctrinal Cláusula de Exclusión	41
2.1.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	42
2.1.2. Ordenamiento Legal Colombiano	44
2.2. Línea Jurisprudencial de excepciones de la Regla de Exclusión	47
2.2.1. Sentencias C-150 de 1993, C 491 de 1995 y T008 de 1998.....	47
2.2.2. Sentencias C-093 de 1998 y SU-159 de 2002	47
2.2.3. Sentencia de Constitucionalidad C 591 de 2005.....	48
2.2.4. Sentencias C-2010 de 2007 y T-233 de 2007	51
2.3.Consideraciones sobre la Jurisprudencia y Doctrina	52
2.4. EXCEPCIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN ESPECÍFICO	56
2.4.1. Vínculo Atenuado	56
2.4.2. Fuente Independiente.....	59
2.4.3. Descubrimiento Inevitable	60

CAPITULO TERCERO. IMPACTO DE LAS EXCEPCIONES DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA AUDIENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO	63
3.1. Audiencia de Allanamiento y Registro	65
4. CONCLUSIONES	74
5. BIBLIOGRAFÍA	77
5.1. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	83
5.2. Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia	83
5.3. Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia.....	85

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Definición prueba ilícita Corte Suprema de Justicia - Sala Penal y Corte Constitucional	21
---	-----------

INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del Problema

Colombia se cimienta en un modelo estatal constitucionalizado dentro de una esfera Social y Democrática de Derecho¹. Esta forma de gobierno se caracteriza por la prevalencia de los derechos fundamentales del individuo sobre las disposiciones normativas, cuya finalidad última radica en la garantía de la dignidad humana. En teoría, se opone a la violación a las garantías sustanciales y procesales, un claro ejemplo, es la exclusión de pruebas obtenidas en contra del debido proceso y la evidencia que se desprenda de dichas pruebas.

Es así como, la corriente reformista de la Política Criminal ha reseñado que la Constitución Política de 1991 se convirtió con su promulgación como un principio valorativo supremo que orienta toda producción dogmática del Derecho Criminal. En otras palabras, ha venido a convertir la protección de garantías fundamentales en Derecho vigente, ya que antes era una opción alternativa².

Dicha política criminal se centra en garantizar la dignidad humana como fin último del Estado Social de Derecho por medio de los derechos fundamentales. Entre estos, uno de los más importantes, el debido proceso. El debido proceso en Colombia es catalogado como derecho fundamental el cual, proclama el respeto frente a los demás derechos complementarios del debido proceso, -verbigracia el derecho a la intimidad- que se sujeta tanto a la Constitución de 1991, como al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

¹ MIR PUIG. Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho S.A, 1994. pp. 33-40.

² Esto es, la constitucionalización de un modelo de Estado similar al regulado por la Constitución Alemana en sus artículos 20 y 28. *Ibíd.*

que lo cataloga como “el derecho de defensa procesal”³ y materializado en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 29, con el fin de velar por un proceso justo, valido, eficaz, proporcional y razonable al investigado.

En materia probatoria, además del debido proceso, el apego a las formalidades y a los derechos fundamentales son los que determinan la consideración de la prueba para decidir en derecho. Razón por la cual cuando no se respetan, existen herramientas legales que sirven para acudir ante un operador jurídico que reencause su desviación y como consecuencia, salvaguarde el correcto ejercicio probatorio. Prueba de ello es el artículo 29 constitucional, en el cual se declara la procedencia de nulidad de pleno derecho sobre pruebas que sean obtenidas con transgresión de las garantías y derechos fundamentales, por lo que deberá excluirse del ejercicio procesal⁴.

Sin embargo, como toda regla general de exclusión, existen sus excepciones. Las cuales en la práctica conllevan a consideraciones complejas al controvertir en cierto grado los "sagrados" y omnipresentes derechos fundamentales como lo es, el debido proceso. A luces de Gómez, "es posible entrever una necesidad de castigar y perseguir ciertos delitos que de una u otra forma quedaría mal visto que quedaran impunes", como sucede con delitos de corrupción, o de alto impacto en el cual se presenta una culpabilidad evidente.

El peligro de dichas excepciones a la exclusión legalmente establecida de la prueba ilícita es que no consideran el principio de presunción de inocencia, sino todo lo contrario "son los criterios que sustentan la necesidad de exceptuar

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo entiende "como aquel derecho que posee todo individuo de ser oído siempre apegado a las garantías y dentro de un plazo razonable por parte de un juez o tribunal competente para ello por disposición legal. Dicho Juez o Tribunal, además ha de ser independiente, imparcial, guiado por los presupuestos del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (Corte I.D.H. Caso Genie Lacayo, 1997, párr. 74)

⁴ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991. Art. 29.

la legalidad en la obtención y valoración de la prueba"⁵ en la "búsqueda de la verdad"⁶ yendo en contra de cualquier garantía procesal penal contrariando disposiciones internacionales, constitucionales y legales.

Esto indica que, la regla de exclusión de la prueba ilícita originada por vulneración de derechos fundamentales no se ha de considerar como una regla general o un criterio absoluto, estricto e incondicionado, toda vez que gradualmente, se ha exceptuado por medio de las exclusiones dispuestas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 que han atemperado su aplicación. En ese caso, los operadores judiciales atendiendo a una motivación determinada y a la proporcionalidad, conceden eficacia, y validez a la prueba lograda ilícitamente, sin perjuicio del quebrantamiento de derechos fundamentales del procesado,

Razón por la cual, la Corte Constitucional en la Sentencia C-210 de 2007, como custodio de la Carta Política ha referido que, la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios obtenidos en la diligencia de allanamiento y registro que debido a su ilicitud son declaradas nulas, no es óbice para que el Estado desconozca la obligación de descubrir la verdad, repare los daños generados por la actividad ilícita y haga efectiva la ley.

Para la Corte, en la Sentencia otrora manifestó que, "no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la

⁵ GÓMEZ. "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 su desarrollo futuro inmediato". En: Gómez, (Coord.), *"Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado"*: Tirant lo Blanch. Valencia: 2008. p 109.

⁶ *Ibíd.*

Constitución"⁷. Por ello, en esta impecable providencia afirma que, "el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado, por lo tanto ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal"⁸.

Sin embargo, tal afirmación se ha venido debilitando, como quiera que, por virtud legal, se establecen excepciones a la regla de exclusión, definidas en el artículo 455⁹ referido. Dicho artículo establece ciertas exclusiones a la regla de vetar de toda consideración las pruebas violatorias del debido proceso, como lo son, la "fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado"¹⁰. Esta situación es consecuencia del populismo punitivo y la consecución de una verdad inevitable a toda costa, sin respetar los derechos humanos que garantizan la dignidad humana.

En otras palabras, se vulneran derechos humanos como el debido proceso bajo el manto del artículo 455 constitucional, dentro de un escenario de populismo punitivo, en donde lo que interesan son los resultados, o alcanzar los fines restándole valor a los medios a través de los cuales se alcanzó tal fin.

Como consecuencia -se enfatiza- la prueba en el procedimiento penal colombiano es considerado un acto procesal. En efecto, su producción, bien sea de carácter procesal o administrativo, o específicamente en la diligencia de registro y allanamiento practicada por la Fiscalía, no puede desconocer las

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C 210. 21 de marzo de 2017. Expediente D-6405. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. párr. 33

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C 210. 21 de marzo de 2017. Op Cit. 33.

⁹ El artículo en comento reza " NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. 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"

¹⁰ Ibíd.

formalidades legalmente establecidas para ello, so pena de las consecuencias jurídicas que su omisión pueda generar.

Planteado el anterior problema de investigación, se pretende plantear como pregunta a resolver dentro de esta investigación ¿Cuál es el impacto de las excepciones legales de la regla de exclusión en la audiencia de registro y allanamiento?

1.2. Justificación de la investigación

La importancia de analizar el contexto del problema jurídico es sumamente vital, debido a que las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita se han generado en la jurisprudencia de los Estados Unidos¹¹, un país altamente punitivo, con una política criminal represiva y distante de las políticas de garantía social y humana que gobiernan la Constitución de 1991.

Las disposiciones emanadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos fueron adoptadas al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la jurisprudencia, especialmente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y por vía legal a través de la promulgación de la Ley 906 de 2004, o Código de Procedimiento Penal - CPP en adelante. En dicha Ley, se consagraron las instituciones del artículo 455 de la norma en comento, las cuales le otorgan validez a pruebas obtenidas ilegalmente bajo ciertas condiciones.

Por tal razón, el propósito de este trabajo investigativo es establecer claridades conceptuales que permitan dirimir las inquietudes sobre el impacto

¹¹ DELGADO DEL RINCÓN, Luis. *"La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia"*. pp. 1-21

que tiene el fenómeno de la exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones en la diligencia de registro y allanamiento de inmuebles. Teniendo como marco de referencia en primera medida, el efecto disuasivo de dicha regla de exclusión en los agentes policiales proveniente de la *exclusionary rule*, y en segunda medida, el enfoque de derechos fundamentales emanados de la Constitución Política, instrumentos internacionales y su desarrollo legal.

La justificación de este propósito resulta en que ante la presencia de una decisión contraria a derecho sin el respeto por las garantías propias de una prueba lícita, puede desencadenar violaciones a derechos fundamentales o puede extralimitar funciones de operadores jurídicos como del Juez de Control de Garantías, quien incluso previo sometimiento a juicio tiene la facultad de dirimir sobre controversias probatorias afectando el derecho de defensa y como consecuencia, el derecho fundamental del debido proceso.

Se analiza en específico la audiencia de registro y allanamiento en el entendido que es una diligencia de afectación de varios derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, debido a que afecta el domicilio; y al buen nombre al irrumpir en propiedad privada. Además de los controles previos y posteriores que la cimientan y de los cuales los operadores policiales saben maniobrar ágilmente en razón a las excepciones legales de la regla de exclusión. Que de cierta manera alienta a dichos agentes a desconocer las formas del derecho penal en virtud de encontrar la "verdad" punitiva.

En principio, los criterios base de las excepciones legales de la regla de exclusión, los cuales le permiten a una prueba derivada de otra considerada ilícita produzca efectos jurídicos, rayan con los presupuestos de un Estado Social de Derecho garantista del debido proceso que materializa la dignidad del individuo, fin último de dicho modelo estatal.

1.3. Estructura- Objetivos

Dicha pregunta de investigación se desarrollará a través de tres objetivos específicos que se ejecutarán en cada uno de los capítulos, y que soportan un objetivo general el cual se encarga de determinar el impacto de las excepciones de la regla de exclusión de pruebas derivadas de la violación a las garantías mínimas fundamentales de los procesados, en la diligencia de registro y allanamiento de inmuebles.

El primer capítulo se enfoca en analizar la prueba ilícita en relación al debido proceso, su definición y contexto en el Estado Social Democrático y de Derecho, desde la perspectiva de la garantía de derechos fundamentales como fin último del individuo, pilar angular del neo- constitucionalismo, fenómeno en tendencia de los Estados democráticos. En este capítulo se procurará dar claridad conceptual de prueba ilegal e ilícita, distinguidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

El segundo capítulo se enmarca en determinar el tratamiento de la exclusión probatoria dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano y sus excepciones consagradas en el artículo 455 del CPP. Se efectuará una alusión al modelo anglosajón por medio del estudio de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Finalmente, en el tercer capítulo, se analiza el impacto de las precitadas excepciones de la regla de exclusión en las acciones y operaciones llevadas a cabo por agentes policiales en razón al efecto disuasivo que se extraña en la referida disposición. Se ejecuta dicho análisis en la audiencia de registro y allanamiento por la vulnerabilidad de derechos que acarrea su práctica y ya que la regla de exclusión se contempló primigeniamente para evitar arbitrariedades en dicha audiencia.

La metodología por emplear en la presente investigación es de enfoque cualitativo, al examinar a profundidad el fenómeno de la exclusión de la prueba ilícita en la diligencia de registro y allanamiento de bienes inmuebles. A su vez, es de corte descriptivo, pues se pretende desarticular la problemática objeto de estudio y articularla para describir los hallazgos luego de la investigación.

Dentro de este contexto, se empleará la técnica de observación y análisis de datos de los textos legales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Política de 1991, el Código Penal y de Procedimiento Penal; jurisprudenciales, como providencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, especialmente las Sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002, C-591 de 2005 y C-210 2007 que cimientan la línea jurisprudencial que debilita la cláusula constitucional de exclusión y ampara de cierta manera el alegato de las excepciones del artículo 455 procedimental.

Finalmente, el método histórico, el cual concierne al conocimiento de las diferentes etapas de la antología del derecho procesal penal y probatorio, para conocer la evolución y desarrollo la exclusión de la prueba ilícita, con sano criterio revelar su evolución en sus diferentes etapas así como los vínculos históricos esenciales dentro de la dogmática penal.

CAPÍTULO I LA PRUEBA ILÍCITA- CONTEXTO

1.1. CRONOLOGÍA DE LA PRUEBA ILICITA EN COLOMBIA

En Colombia se inició hablando de la legalidad de la prueba mucho antes de la promulgación de la Constitución de 1991. Afirma Daza González que, "durante la vigencia de la Constitución de 1886, existía un evidente fundamento para establecer la existencia de un ilícito o irregularidad constitucional en la obtención de la prueba en el ámbito extraprocesal ante la evidencia de la violación de los derechos y libertades de las personas"¹².

No obstante lo anterior, relatan Buelvas Nieto y Urbano Martínez, no era claro la forma para declarar la ilegalidad, si era nulidad o exclusión probatoria, sino que era a discrecionalidad judicial determinar "la ineficacia de la información que se extraía de la fuente de prueba, si de acuerdo con las reglas de la sana critica se consideraba que perdía su credibilidad o su capacidad demostrativa"¹³.

De otro lado, el Decreto 409 de 1971¹⁴, que modificaba apartes del CPP en su artículo 215, disponía que no se dictaría sentencia condenatoria "en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o

¹² Daza González, A. (2015). *"Evidencia ilícita y cláusula de exclusión: Límites de la policía de vigilancia en la prevención del delito y de la policía judicial en la investigación del mismo, en el Estado Social y democrático de Derecho"*. Tunja: IBAÑEZ. Universidad Santo Tomas. p. 94

¹³ BUELVAS NIETO, Carlos Alberto; URBANO GOMEZ Cristian Antonio, *"La Prueba Ilícita y la Cláusula de Exclusión Probatoria en el Nuevo Sistema Penal, ¿Cuál es su Alcance y Aplicación?"*. Bogotá. 2011. p. 94

¹⁴ Diario Oficial No. 33.303 del 3 de mayo de 1971, "por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas", sin embargo fue derogado por el artículo 678 del Decreto 50 de 1987, "por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella”. (sf.t.)

Posterior a ello, casi dos décadas después, se promulgó el extinto CPP- Decreto 050 de 1987 en sus artículos 246¹⁵ y 252. Dicho compendio normativo consagraba que las decisiones judiciales sin excepción, debían soportarse en pruebas producidas, allegadas o aportadas al proceso con el conocimiento de las formalidades legales, las cuales serían legalizadas mediante auto en que se indicara su conducencia; respectivamente.

Ya con la Constitución de 1991, instrumento participativo que consagra el Estado Social de Derecho como un sistema jurídico político en el cual la dignidad humana y el individuo están sobre el ordenamiento jurídico, cuyo artículo 29, inciso final, establece explícitamente una regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, resalta que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.¹⁶

Lo que indica el carácter sancionatorio implica el desconocimiento del debido proceso en la recolección de pruebas, sean estas después del juicio, o de elementos materiales probatorios o evidencia física en el periodo de indagación e imputación. Por tal razón, la norma de normas pone de “presente la inexistencia de la prueba que viole derechos fundamentales instituidos en el debido proceso”¹⁷.

Dicha postura es lo que se denomina como *exclusionary rule*. Uno de los puntos de partida para aplicar el sistema de la *exclusionary rule* en el sistema

¹⁵ Decreto igualmente derogado por del Decreto 2700 de 1991 en su artículo 573.

¹⁶ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991. Artículo 29.

¹⁷ HUERTAS DÍAZ, Omar; PRIETO MORENO, Jhoanna; JÍMENEZ RODRÍGUEZ, Nayibe. "La Prueba Ilegal e Ilícita, su Tratamiento de Exclusión Probatoria en el Proceso Penal Colombiano En: Misión Jurídica -Revista de Derecho y Sociedades". 2015: p. 229

jurídico colombiano fue el estudio de las actas proferidas por la Asamblea Nacional Constituyente que edificó la Constitución Política de 1991¹⁸. La Corte Constitucional se apegó a dichos anales en el entendido que su finalidad en calidad de constituyente primario era la de disuadir a los agentes estatales y demás intervinientes en el proceso penal de recurrir a ilicitudes en el recaudo de pruebas penales¹⁹, como por ejemplo, agentes policiales ante una orden de registro y allanamiento.

Si bien es cierto en la Carta Política hace referencia a la *prueba*²⁰, y no a la *evidencia o elementos materiales probatorios*. Estos términos incursionan en el ordenamiento jurídico colombiano desde la implementación del nuevo Sistema Penal Acusatorio, implementado con la Ley 906 de 2004, actual CPP, siendo extensiva la ilicitud a estas nuevas concepciones.

En lo concerniente a la definición de la prueba ilícita por la Corte Suprema de Justicia²¹, dicha Corporación ha señalado que es aquella prueba que se logra vulnerando los derechos catalogados constitucionalmente como fundamentales, verbigracia, el derecho de dignidad humana. El cual, como se explicará en líneas posteriores impregna una triple protección constitucional al ser principio, valor y derecho, que en un Estado Constitucionalizado cobra una relevancia trascendental.

A su vez, dicha prueba, ha considerado la Sala Penal del máximo Tribunal de la Jurisdicción Penal "ha de obedecer derechos como el debido proceso, la

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-159. 6 de Marzo de 2002. Expediente T-426353. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ *Ibíd.* 22

²⁰ URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *"Prueba Ilícita y regla de exclusión. Op. cit. p. 314 y ss.* RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación" (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. Pág. 89.

²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 21529. 7 de Septiembre de 2006.

intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida”²².

En sendos artículos²³ y jurisprudencia usa el término "ilícita" e "ilegal" sin distinción al referirse de la prueba viciada. Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que la distinción radica en que la primera "es aquella violatoria de derechos fundamentales, y la segunda como infracciones a las garantías del procesado”²⁴.

Sin embargo, ante dicha distinción se comparte el rechazo edificado por Monsalve Correa, como quiera que no es posible concebir que existan garantías que se separen de derechos fundamentales. En efecto, "cuando se dice que la prueba ilegal atenta contra reglas procesales que no están contenidas en derechos fundamentales, se olvida que la Constitución establece el debido proceso como un derecho fundamental y de ahí que toda alteración del rito procesal en la obtención de la prueba sea una afectación de derechos fundamentales”²⁵.

²² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 2052. Expediente 18103. 02 de Marzo de 2005. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación No. 21.529. 7 de septiembre de 2006. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 29416. 23 de Abril de 2008; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 26836. 1 de Julio de 2009; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 30838. 31 de Julio de 2009; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación No. 33621. 10 de Marzo de 2010.

²³ Véase en HUERTAS Díaz, Omar; PRIETO Moreno, Jhoanna; JÍMENEZ Rodríguez, Nayibe. Op cit. pp. 229-239.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T008. 30 de junio de 1998. Expediente T-145292. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-159. Op. cit.

²⁵ MONSALVE CORREA, Sebastián. "La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991". En: "*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*". Vol. 40, No. 113. p. 376.

Ante la citada eventualidad, el rol del operador jurídico es activo a quien le corresponde establecer "si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba"²⁶.

Ocurre lo mismo en relación con la trasgresión al derecho a la intimidad²⁷ (domicilio, art. 26 C.P.), comunicaciones telefónicas interceptadas (art. 29 C.P.)²⁸. En esos casos serían inadmisibles dichas pruebas. Pruebas que *per se* son validas, pero obtenidas en violación de los derechos fundamentales y que revista cierta gravedad caso en el cual estas pruebas serían excluidas.

A continuación, se esbozará en un diagrama los orígenes que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal han referido en relación a las causas de la prueba ilícita²⁹.

²⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación No. 18.103. *ibid.* p. 32.

²⁷ Para la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-881 de 2014. 19 de Noviembre de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub "El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos Dimensiones: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada".

²⁸ La Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su artículo 11, numeral 2 que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". además en el tercer numeral señala la protección de injerencias al resaltar: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

²⁹ "COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 2052. Expediente 18103. 02 de Marzo de 2005. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de casación No. 21.529. 7 de septiembre de 2006. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 29416. 23 de Abril de 2008; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 26836. 1 de Julio de 2009; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 30838. 31 de Julio de 2009; COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

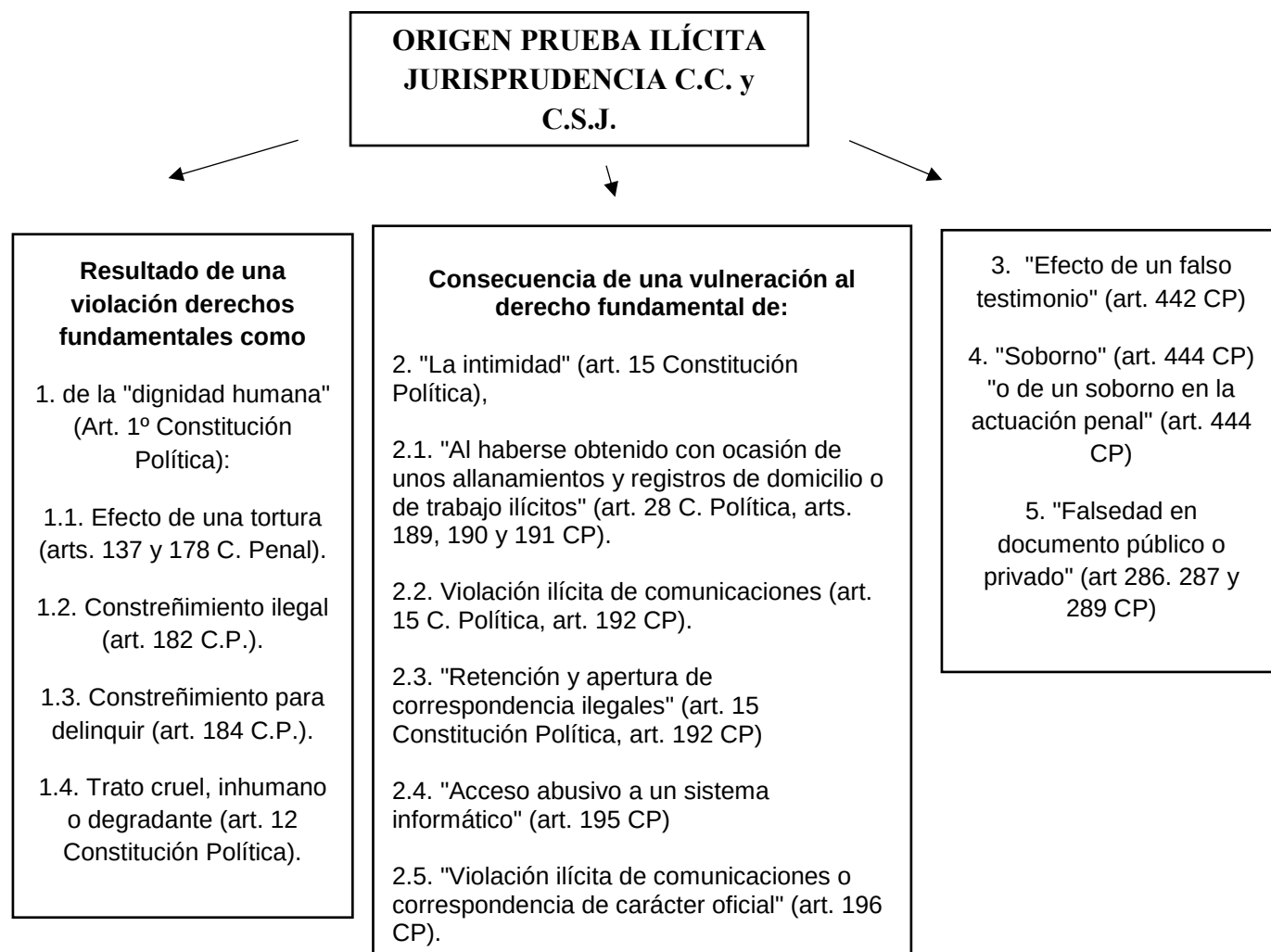


Tabla 1. Definición prueba ilícita Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal y Corte Constitucional

Fuente: Elaboración Propia

En suma, para la Jurisprudencia de las precitadas Cortes una prueba es ilegal cuando desconoce el debido proceso desde la perspectiva procesal formal (cuando se presenta incompatibilidad con las formas preestablecidas para cada juicio), o ilícita también conocida como inconstitucional, por quebrantar de la

Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación No. 33621. 10 de Marzo de 2010. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Penal Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152".

misma manera el debido proceso, sin embargo, se difiere de la primera en que se analiza desde el punto de vista sustancial, como quiera que es obtenida violando derechos fundamentales.

Como bien se observa, una prueba (evidencia) ilícita debe ser excluida cuando no cumple con los requisitos formales de legalidad en relación a lo que se entiende como ilícito en lo consagrado en las disposiciones imperativas nacionales e internacionales. Sin embargo, ¿Cuál ha sido su desarrollo histórico para que tal ilicitud se consagre constitucionalmente?

1.2. PRUEBA ILÍCITA Y EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Los antecedentes colombianos en cuanto al origen legal del debido proceso se remontan a la reforma constitucional de 1936. En dicha reforma se concibió el Estado Social de Derecho, estableciendo específicamente la función social de los derechos³⁰. Pero es en la Constitución Política de 1991 en donde se enuncia manifiestamente la base del Estado Social de Derecho, en su primer artículo.

Es un tipo de Estado consecuencia de una síntesis histórica en la cual se almacenan diferentes idearios y una serie de problemáticas sociales de las cuales se deriva, inicialmente, el llamado “Estado de Bienestar”³¹ basado en prerrogativas legales que otorgan derecho a los asociados de recibir una serie de servicios que representan sus necesidades.

³⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. "Teoría de la organización administrativa colombiana. Una visión jurídico-administrativa". Ed. Universidad del Rosario. Bogotá: 2005, p. 89.

³¹ FARGE COLLAZOS, Carlos. El Estado de bienestar En: Enfoques, 2007, XIX: [Fecha de consulta: 10 de julio de 2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25913121005>>

En ese sentido los derechos sociales son articulaciones de las necesidades sociales, verbigracia la seguridad social obligatoria, o educación gratis y universal-. También es lo que se entiende como el "piso social" necesario para el desarrollo humano³² de los asociados³³. Así, el Estado Social de Derecho Benefactor se define como aquel "que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad"³⁴.

Dicho Estado benefactor va de la mano con el "Estado constitucional", el cual representa la nueva tendencia del neo-constitucionalismo que a juicio de Guastini³⁵ es la invasión de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, esto es, una Constitución omnipresente e invasiva.

Dicho neo-constitucionalismo se encarga de darle a los principios, derechos y valores un valor supra-legal de obligatorio cumplimiento. Especialmente tratándose de derechos fundamentales, como lo es el debido proceso y el derecho a la intimidad. De esta manera, es desde la coyuntura de estos dos modelos que surge la fórmula en la que descansa la estructura del Estado colombiano.

La Corte Constitucional en su calidad de garante principal de la Constitución Política de 1991 se ha referido en relación a este instrumento jurídico de legitimación popular manifestando que el Estado Social de Derecho se edifica sobre los valores "de la libertad, la igualdad y la seguridad"³⁶. No

³² SEN, Amartya. "Commodities and capabilities". Amsterdam. N.Y. North-Holland Sole distributors for the U.S.A. and Canada, Elsevier Science Pub. 1985.

³³ DEAN, Hartley. "Derechos Sociales y Bienestar Humano". Routledge, Londres: 2015.

³⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. Op cit. p. 89.

³⁵ GUASTINI, Ricardo. "Sobre el concepto de Constitución". En: "Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional". No. 1. 1999.

³⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia de Constitucionalidad C-566. 30 de noviembre de 1995". Expediente No. D-823. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

obstante lo anterior, su fin ultimo "es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social"³⁷.

Por tal razón, el referido Estado Social de Derecho en la Constitución Política de Colombia de 1991, se proyecta en la garantía y materialización del principio de igualdad y por consiguiente: los derechos sociales y económicos y en la efectiva prestación de servicios públicos. De otro lado, también consagra los derechos de participación de los ciudadanos asociados en las decisiones que lleguen a afectarlos, además en el desarrollo económico, político, administrativo y cultural de la nación, cristalizando de esta manera el principio democrático.³⁸.

Por esta razón, el principio democrático y el cumplimiento de las garantías mínimas dentro del contrato social vienen a ser pilares efectivos de un Estado Social de Derecho. Entre dichas garantías se encuentra el debido proceso que fundamenta el derecho probatorio y al derecho de tener un juicio justo, a su vez, se encuentra el derecho a la intimidad, como pilar de la privacidad que ha de ser garantizado a cada asociado intrínseca a su individualidad.

Dichos postulados cobran importancia en razón a la jerarquía misma que representa la Constitución Política de 1991 dentro del ordenamiento jurídico. Principalmente por su soberanía dentro de la pirámide positiva kelseniana, y el estricto obedecimiento de sus postulados a razón del neo constitucionalismo.

El neo-constitucionalismo surge del primer sofisma denominado "constitucionalización" del derecho interno³⁹. Debate que a luces de Cottier y

³⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia de Constitucionalidad C-566. Op. cit.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ MURILLO CRUZ, David Andrés. "La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: *Revista de Derecho Público*". No. 36. Bogotá, 2016: p. 4.

Hertig fue exitoso dentro de la arena de la comunidad europea⁴⁰. Su importancia actual se debe a la denominada "humanización del derecho estatal"⁴¹ y a la necesidad de tomar "los derechos en serio"⁴². Sin embargo, dicho término podría considerarse un concepto legal indeterminado, debido a su ambigüedad⁴³ pues su uso indiscriminado le ha hecho perder la finalidad misma.

Como lo manifiesta Walter⁴⁴ su término se ha empleado en el derecho administrativo para analizar la relación vertical de las normas constitucionales con el ordenamiento interno. A su vez, en el derecho comunitario, en relación a la transformación de los tratados internacionales en normas constitucionales, a través del Bloque de Constitucionalidad. Finalmente, entre otras cosas, se ha empleado en el orden internacional para analizar la transformación de la comunidad internacional originada por la Carta de las Naciones Unidas.

Materializando lo anterior, en la sentencia C-038 de 1995, con ponencia de Martínez Caballero⁴⁵, se cimentó el postulado que refiere que los derechos fundamentales guían y fijan el alcance del derecho penal y procesal penal desde la constitucionalización del derecho sustancial, en tal medida, el respeto de tales derechos es indispensable como fundamento y límite del *ius puniendi* del Estado:

⁴⁰ COTTIER, T y HERTIG, M. "The prospects of the 21st Century Constitutionalism". Max Planck UNYB No. 7. 2003 pp. 261-328.

⁴¹ *Ibíd.* p. 4.

⁴² DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: 2012, Ariel. p. 276

⁴³ WALTER, C. "International law in a process of constitutionalization. En: J. Nijman y A. Nollkaemper (Edits.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law*". Oxford: Oxford University Press, 2007. pp. 191-215.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-121. (22 de Febrero de 2010), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C038. (9 de febrero de 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Esto es claro en materia penal, puesto que si bien la Carta de 1991 constitucionalizó, en gran medida, el derecho penal⁴⁶, lo cierto es que el Legislador mantiene una libertad relativa para definir de manera específica los tipos penales (CP arts 28 y 29). Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance⁴⁷.

Sin embargo, esta constitucionalización y neo constitucionalismo del derecho penal ha llevado a que, en relación al debido proceso al interior del derecho penal probatorio, el imputado "ha dejado de ser un objeto de persecución pasando a ser parte en el proceso penal como sujeto pasivo de la acción gozando de una amplia gama de garantías y derechos que tutelan su interés y situación jurídica".⁴⁸ En efecto, se analizará la influencia del debido proceso en el derecho penal.

1.2.1. Derecho al debido proceso en Derecho Penal

El debido proceso es un principio inherente al Estado de Derecho, pero sobre todo al Estado Social de Derecho, al materializar el individuo como fin último, a través de sus derechos fundamentales en aras de alcanzar la dignidad humana⁴⁹.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-127 de 1993. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].

⁴⁷ *Ibíd.* p. 34

⁴⁸ JAUCHEN, Eduardo M., "Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni", Santa Fe: 2002, pp. 613 y 614.

⁴⁹ La dignidad humana según la Corte Constitucional es entendida como derecho fundamental autónomo, la cual equivale: "(i) al merecimiento de un trato especial que tiene

Las características esenciales del debido proceso son de un lado, el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos preestablecidos, o también denominado principio de legalidad, "al representar un límite al ejercicio del poder público"⁵⁰ y el ejercicio indiscriminado del *ius puniendi* estatal, y de otro lado, la erradicación de la arbitrariedad. Para la Corte Constitucional:

"En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos"⁵¹.

Lo que se busca con el presente estudio es analizar ¿Cómo una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, especialmente el debido proceso, debe ser analizada en el contexto del proceso penal para determinar su validez y eficacia o el efecto que ella deba tener? En especial tratándose de la diligencia de registro y allanamiento a bienes inmuebles.

1.2.2. Teoría del Caso

La teoría del caso hace referencia a tres elementos: factico, jurídico y probatorio, los cuales, adicionan una carga informativa que permitirá plantear

toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado." COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-291. 2 de junio de 2006. Expediente T-5.350.821. M.P. Alberto Rojas Rios.

⁵⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-980. 1 de diciembre de 2010. Expediente: D-8104. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello. p. 20

⁵¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-980. 1 de diciembre de 2010. Ibíd

elementos de juicio y decisión para solucionar el conflicto del interés jurídico amenazado, puesto en peligro o violentado⁵².

En relación al elemento fáctico, se está ante la individualización de hechos relevantes o conducentes que han de ser enmendados a través del debate oral, en virtud de los elementos materiales probatorios o las pruebas, dependiendo del momento procesal. "Los hechos contienen la acción o circunstancias de tiempo, modo o lugar, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas".⁵³

En relación al elemento jurídico, es el punto de partida del proceso penal. Es el compendio de los componentes básicos de la norma penal, soportada por la triada del delito: la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad. Es este el punto de partida de la investigación penal. "Se fundamenta en la adecuación típica de la conducta, los hechos y el marco reglado sancionador de que dispone la ley. Es el encuadramiento de los hechos dentro de la norma penal aplicable".⁵⁴

Finalmente, en lo que tiene que ver al elemento probatorio, -objeto de estudio en la presente investigación- "permite establecer cuáles son las pruebas convenientes que soporten la conducta punible y de responsabilidad del acusado, o la ausencia o falla de estos requisitos en el caso de la defensa."⁵⁵

De tal manera que, el ámbito probatorio con base al debido proceso, demanda una particular atención en la manera en que se determina la validez y

⁵² BENAVENTE Chorres, Hesbert. "Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral". México, Flores editor y Distribuidor: 2011, pp. 195 – 196.

⁵³ BAYTELMAN A, Andrés y DUCE J, Mauricio. "Litigación penal. Juicio oral y prueba. México, Fondo de cultura económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales: 2008". p. 56

⁵⁴ León Parada, Víctor. "ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal". Bogotá, Ecoe Ediciones : 2005. p.217.

⁵⁵ CASAREZ Zazueta, Olga Fernanda y GUILLÉN López, Germán. "Teoría del Caso en el Sistema Penal Acusatorio". s.f. p. 3.

eficacia de la prueba y el efecto procesal resultante de dichas irregularidades. En el entendido que, si no se tiene el suficiente cuidado y atención al respecto las pruebas recogidas, estas serán excluidas del proceso⁵⁶, ocasionando aún más lentitud en el ya congestionado mundo judicial. Lo que en otras palabras significa, una "simple, lógica y persuasiva narración de lo ocurrido".⁵⁷

Por tanto, se precisa conocer y cumplir con las formalidades establecidas en el Código Penal, y de Procedimiento Penal, además de la Constitución de 1991 y Tratados Internacionales que en virtud del bloque de constitucionalidad y convencionalidad garantizan los derechos de los procesados, especialmente los derechos fundamentales como el de la intimidad y el debido proceso, llegando precisamente a garantizar la valía de la prueba dentro del proceso penal a seguir.

1.2.3 Valoración de la Prueba

En este sentido, la valoración de la prueba se fundamenta en relación a dos aspectos fundamentales: la validez y la eficacia. Además, dichos aspectos se complementan con un tercer elemento: la carga de la prueba.

1.2.3.1. Validez de una Prueba

La validez de la prueba se encuentre directamente relacionada con el debido proceso. La validez formal es "referida a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se relaciona con la

⁵⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-227. 29 de agosto de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵⁷ BAYTELMAN A, Andrés y DUCE J, Mauricio. Ob. cit. p.102

conformidad de los contenidos de la decisión judicial en materia probatoria respecto a los contenidos constitucionales"⁵⁸.

El Juez en su argumentación debe respetar el principio de proporcionalidad⁵⁹ lo mismo que el de racionalidad⁶⁰ en lo concerniente a la situación fáctica como condición de legitimidad de la decisión.

Para considerar la validez de la prueba, lo más relevante es la obtención de esta de forma legítima, ya que, se encuentran en juego los derechos fundamentales de los individuos, que son amparados constitucionalmente, en virtud al Bloque de Constitucionalidad⁶¹, emanados del Sistema Interamericano

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-022. 23 de enero de 1996. Expediente No. D-1008. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁹ "El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-022. 23 de enero de 1996. Op cit.

⁶⁰ "La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad". Ibíd.

⁶¹ Dentro del marco del *corpus juris* interamericano, los conceptos bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad son complementarios, a juicio de Ferrer, sirven de parámetro de control al desempeñar la misma función. La cual a juicio de Cançado, se centra en servir de herramienta de interpretación especialmente de los operadores jurídicos en relación a la humanización del derecho internacional de los derechos humanos. que en Colombia se materializan en los derechos fundamentales. Para ser más específicos, Góngora aduce que "la doctrina del bloque de constitucionalidad [ha permitido] reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución" (p. 301) Que a juicio de la Corte Constitucional en sentencia C191 de 1998, a través del artículo 93 constitucional, dicho bloque se constituye de tratados internacionales, la Constitución, leyes orgánicas, y estatutarias. A su vez, el bloque de convencionalidad se edificó a semejanza del bloque de constitucionalidad, como lo refiere Alberton "sobre la idea misma de una pirámide normativa al estilo kelseniano, constituida por normas superiores que validan normas inferiores". Ferrer explica en virtud de los pronunciamientos de la CIDH que, "el bloque de convencionalidad no solo comprende la Convención Americana, sino también los otros Protocolos adicionales a la misma así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH" (p. 530) Además "puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad a derecho humano" (p. 532).

de Derechos Humanos, especialmente tratándose de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El reto más importante que se plantea en relación a la validez probatoria recae en la legitimidad en la recolección de la prueba, en el momento en el que existe una probabilidad considerablemente alta de quebrantar los derechos fundamentales de las personas. Como se ha advertido con anterioridad, es menester tener en cuenta que la actividad probatoria tiene incidencia en todas las esferas de la existencia del individuo. Esto reúne desde su corporeidad, su psiquis, hasta su vida en sociedad.

Con respecto a la eficacia, se debate sobre la posibilidad de obtener la verdad sobre los hechos y si esto ocurre, bajo qué circunstancias acontece. Como lo refiere Ruiz Jaramillo "la prueba judicial participa, en este campo, de la misma problemática de la verificación de los hechos en las ciencias y en la vida social"⁶².

1.2.3.2. Eficacia de una Prueba

Con respecto a la eficacia de la prueba, ésta es la que resulta útil para "llevar a la convicción del Juez derivada de criterios de derivación racionales"⁶³. La eficacia resulta como consecuencia de la constatación del valor probatorio, o en otras palabras, resulta posterior a la determinación de su valor efectivo; la valoración se plantea, en efecto, en proporción a la eficacia de la prueba.

⁶² RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo. RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo. "VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. aspectos epistemológicos y filosófico-políticos". Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. 2008. pp. 167.

⁶³ Ibíd. p. 167.

Una prueba se considera eficaz, cuando "reúne los elementos extrínsecos e intrínsecos que la ley establece y si fue aportada al proceso con arreglo a la ley"⁶⁴. Igualmente, se deben tener en cuenta varios aspectos, "casos en que el medio probatorio está intrínsecamente viciado, por ejemplo: una carta escrita bajo coacción, un testimonio bajo cohecho".⁶⁵

Complementariamente, "en virtud del principio de eficacia las pruebas deben cumplir con su objetivo, es decir, llevar al juez a una íntima convicción más allá de toda duda razonable, del sentido en que debe fallar"⁶⁶.

De esto se deriva el principio de personalidad del imputado, que a juicio de Jaunchen "tiene básicamente sustento en el reconocimiento y tutela constitucional a su estado de inocencia y a la defensa en juicio, pilares fundamentales de los cuales se derivan todas las otras garantías y derechos, siendo las leyes procesales las que deben reglamentar todo lo atinente a las atribuciones y posibilidades que se derivan de aquellas máximas supremas"⁶⁷.

En efecto, la eficacia probatoria es asunto de grado; y "el grado de aceptabilidad de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho"⁶⁸. Esto quiere decir que, el grado en el que se confirma la hipótesis define de cierta manera, "la eficacia de una prueba la cual corresponde al resultado de una valoración probatoria e incide en la convicción del Juez"⁶⁹.

⁶⁴ FÁBREGA P., Jorge. "Teoría General de la Prueba. Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997".

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ DAZA GONZALEZ, Alfonso. "La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho". Universidad Libre. 2011. p. 37.

⁶⁷ *Ibíd.* p. 67.

⁶⁸ PEÑA AYAZO, Jairo Iván, "Prueba Judicial Análisis y Valoración". Consejo Superior de la Judicatura, 2008. p. 64.

⁶⁹ *Ibíd.*

Por ende, se precisa en cuanto al grado de conocimiento del juez, que:

Se obtenga el grado de certeza sobre la existencia del hecho objeto del proceso, esto es, que el mismo haya sido fehacientemente comprobado en cuanto a su ocurrencia y por lo menos el grado de probabilidad respecto a la participación que el imputado pudiera tener en él⁷⁰.

Con todo lo antes referido se denota que el juez debe tener los suficientes elementos de prueba y el grado de conocimiento para poder emitir su sentencia acorde a la realidad de lo acontecido y a los elementos probatorios allegados a él.

En vigencia del Nuevo CPP, el respeto por las garantías constitucionales se hace evidente en el Sistema Penal de corte acusatorio, trayéndose a colación como primera medida los principios rectores y garantías procesales, ubicando allí la dignidad humana de los intervinientes en el Proceso Penal como pilar fundamental.

1.3. Sistema Penal Acusatorio en Colombia. En busca de la garantía de Derechos Fundamentales dentro del marco del proceso penal.

El Sistema Procesal Penal fue introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en el CPP, considerado como un "modelo con rasgos acentuadamente acusatorios en la medida en que se introduce un sistema de partes y el trámite se edifica sobre la rígida separación entre la fase de investigación y la etapa del juicio"⁷¹.

⁷⁰ JAUCHEN. Op cit. p. 121.

⁷¹ "COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-031. (2 de mayo de 2018). [Expediente: D-11906]. [M.P.: Diana Fajardo Rivera]".

La Corte Constitucional en impecable providencia⁷² manifiesta que dicho Sistema Penal Acusatorio tiene características fundamentales especiales y propias de su naturaleza en Colombia, que no permiten relacionarlo directamente sistemas acusatorios similares, verbigracia, el americano o el continental europeo.

El Sistema Acusatorio colombiano viene adscrito a la Constitución Política de 1991, debido a su acentuación en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado. Su fin principal es "la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas"⁷³.

Se estructuró un novedoso modelo, como resultado del neo constitucionalismo de tal forma que la afectación de los derechos fundamentales del investigado en su totalidad por parte de la actividad de la Fiscalía General de la Nación, "queda[ba] decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales".⁷⁴

En este sentido, La Corte Constitucional en ponencia del Magistrado Fajardo Rivera, manifiesta que, la acción penal es encabezada por la Fiscalía General de la Nación en sus respectivos niveles, y, en el otro, el indiciado, imputado o acusado - dependiendo la etapa procesal- junto con su defensor, en virtud del principio de igualdad de armas ambas partes (Fiscalía General y Defensa) se ubican en el mismo plano, especialmente en el escenario del juicio

⁷² "COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-591 . 9 junio de 2005. Expediente: D-5415. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]"

⁷³ *Ibíd.* p. 35.

⁷⁴ *Ibíd.*

oral. Inclusive, diferente al anterior Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía aparece desprovista del poder jurisdiccional que la caracterizaba⁷⁵.

Complementando dicha postura, en providencia de la M.P. Vargas Hernández la precitada Corporación refiere que dicha igualdad de armas no es del todo cierta. En su sentir, el nuevo diseño "no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones"⁷⁶.

En desarrollo de la investigación las partes procesales poseen diferentes potestades, además la función del Juez, independientemente sea de control de garantías o de conocimiento, "va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales"⁷⁷.

En otras palabras, ha mencionado la Corte Constitucional que el rol del operador jurídico está destinado a dirigir el debate y salvaguardar el obedecimiento de los principios y garantías procesales. No obstante lo anterior, el juez no actúa completamente con una posición de tercero imparcial, como si sucede con el arbitraje en el cual, el Arbitro se limita a dirigir y moderar la controversia⁷⁸.

En últimas, busca una justicia material, y más que nada, ser un guardián de la garantía de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, víctima, en particular, "de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la

⁷⁵ "COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Constitucionalidad C-031. Op. cit. p. 4"

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-591 . Op. cit. p. 36.

⁷⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-473. 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. párr .34

⁷⁸ Ibíd.

Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad"⁷⁹.

En la etapa inicial de indagatoria e imputación, se puede inclusive decidir sobre la validez e ineficacia de los elementos de prueba, inclusive en lo concerniente a audiencias afines a la protección de los derechos fundamentales por parte de un nuevo Juez denominado Juez de Control de Garantías, verbigracia, la audiencia de allanamiento y registro. Dicho Juez, como el de Conocimiento y de Ejecución de Penas "deben orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (Art. 5 C.P.P.) y es también su deber hacer prevalecer el derecho sustancial (Art. 10 C.P.P.)"⁸⁰.

Dichas afirmaciones en algunas ocasiones pueden ser excluyentes, por ejemplo, en casos de corrupción⁸¹ cuando a través de prueba recaudada ilegalmente sin el lleno de las formalidades, se descubre una verdad inevitable en el cual, la impunidad no sería socialmente aceptable. Sin embargo, a juicio de las disposiciones constitucionales, especialmente el artículo 29 dicha prueba y todas las desencadenantes de ella no pueden ser valoradas por parte de los operadores jurídicos al no ser una "verdad" justa. Mas adelante se dedicarán líneas para explicar dicha colisión.

En tal sentido, el Operador Jurídico debe estar en constante cambio conforme a los avances de la sociedad, el cual debe fluir a través de los Derechos Fundamentales y siempre teniendo el respeto por la dignidad humana⁸² en virtud del artículo primero del CPP.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU 159. Op cit.

⁸² DAZA GONZALEZ, Alfonso. "Evidencia Ilícita y cláusula de exclusión límites de la policía de vigilancia en la prevención del delito y de la policía judicial en la investigación del mismo, en El Estado Social y Democrático de Derecho", Editorial IBAÑEZ, Bogotá, 2015.

La garantía de los derechos humanos dentro del Estado Constitucional y Social de Derecho que impregna el derecho procesal penal es tal que, junto a esta reforma del Sistema Procesal Penal, va de la mano de nuevas figuras jurídicas como lo son la acción de tutela instituida en la Constitución Política de 1991 como herramienta inmediata para la protección de derechos fundamentales amenazados, o vulnerados.

De igual manera el *habeas corpus* para aquellos procesados que consideran están privados de la libertad injustamente, decisión que es inclusive mucho más inmediata, pues su decisión ha de ser tomada dentro de las 36 horas posteriores a que el Juez de turno asuma conocimiento de la petición⁸³.

El artículo 19 constitucional, junto a lo descrito en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, "exigen para la eficacia y validez probatoria de la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física el control posterior dentro de las 36 horas siguientes ante el Juez de control de garantías para determinar la legalidad formal y material de dicha actuación"⁸⁴.

Inclusive, la vulneración al debido proceso dentro de la recolección de pruebas es una causal para que una Sentencia sea susceptible de Casación⁸⁵.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ CALAMANDREI señala que "el recurso de casación en Francia, originado con la finalidad de controlar que los jueces no se aparten de la ley y mantengan la uniformidad jurisprudencial". En Colombia se estipula en ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, especialmente en el artículo 333, el cual consagra que, "El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos 10 por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida".

La Corte Suprema de Justicia⁸⁶ ha expresado que el vicio *in iudicando* que se encuentra en la tercera causal de casación penal del artículo 181⁸⁷ del CPP, se debe a las obligaciones de los operadores jurídicos de obedecer "sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 constitucional"⁸⁸.

En el artículo 29 se especifica la nulidad de "de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso"⁸⁹, que a su vez son reproducidas en los artículos 23⁹⁰ y 455⁹¹ del CPP, disposiciones que se estudiarán con mas detalle en líneas posteriores.

⁸⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio No. 31127. 20 de mayo de 2009.

⁸⁷ El precitado artículo estipula "la procedencia del recurso excepcional de Casación frente a las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales" entre otras causas por el (III) "manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia".

⁸⁸ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Op. cit. Art. 29.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ El precitado artículo trae consigo la Cláusula de exclusión, y refiere que "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."

⁹¹ El referido artículo trata sobre las excepciones de la regla probatoria de exclusión del artículo 29 constitucional. 23 procesal penal que reza: "Nulidad derivada de la prueba ilícita." "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".

A su vez, dicho vicio se endilga en relación con las pruebas ilícitas-confusión término ilícito e ilegal- y en el artículo 232⁹² y 360⁹³ del CPP en lo relativo a los "elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de inexistencia jurídica" y por consiguiente de exclusión en el evento de que las pruebas "ilícitas" o "ilegales" sean recogidas de manera irregular⁹⁴.

Ahora bien, se tiene conocimiento de la protección constitucional y legal que gobiernan las pruebas. Sin embargo, ¿Que implica para una prueba respetar las disposiciones internacionales?

El respeto de disposiciones internacionales está íntimamente relacionado con el tratamiento de las nulidades en el ámbito del proceso penal, cuando estas afectan específicamente diversos actos que en el curso de la actuación se ventilan. La prueba, elemento esencial de la teoría del caso y pilar del proceso penal es el elemento más susceptible de ser viciado durante la recolección de los elementos encontrados en la diligencia de registro de allanamiento a inmuebles.

Sin embargo, tal vicisitud no es óbice para que sea tenida en cuenta o no, debido a ciertas excepciones de la regla probatoria de exclusión que ante tres eventualidades permite a una prueba viciada en su origen, ser considerada legal

⁹² El referido artículo reza. "*Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación" como acápite final de este artículo rezaba " y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación". Sin embargo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C 210 de 2007.

⁹³ El presente artículo hace referencia a la "*Prueba ilegal*. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código".

⁹⁴ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio No. 31127. Op cit. p. 2

y lícita. Esta situación controversial por lo que será desarrollada en el capítulo que procede a continuación.

CAPÍTULO II

EXCEPCIONES DE LA REGLA PROBATORIA DE EXCLUSIÓN

2.1. Definición Doctrinal Cláusula de Exclusión

Para ejecutar una aproximación de la definición de la regla de exclusión probatoria es menester relacionarlo directamente con el Estado Social y Democrático de Derecho. Para Bolaños Arias, se enfoca en salvaguardar las garantías y libertades fundamentales de los ciudadanos que lo conforman, dentro de un sistema jurídico de valores, principios y reglas con el objetivo de evitar decisiones restrictivas, arbitrarias y de injerencia en la esfera de la libertad de las personas⁹⁵.

Asimismo, el referido mecanismo constitucional tiene como finalidad excluir y no admitir procesalmente "la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces ésta persigue garantizar su efectividad"⁹⁶ en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 constitucional y el artículo 23 del estatuto procesal actual.

No obstante, para Gascón la consagración constitucional y legal de la regla de exclusión de la prueba lícita e ilegal tiene impregnado un inherente contenido político que favorece las garantías y libertades de los asociados frente al poder del Estado. Es claro que la garantía "puede tener un alcance diferente dependiendo de la forma de articular constitucionalmente la precitada regla"⁹⁷ en cada modelo estatal.

⁹⁵ BOLAÑOS ARIAS. Op. cit. p. 6

⁹⁶ *Ibíd.* p. 7

⁹⁷ GASCÓN. Op cit. p. 10

2.1.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de Derechos Humanos, especialmente el Tribunal Europeo sobre de Derechos Humanos, como lo afirma Juárez⁹⁸ ha relacionado la regla de exclusión de pruebas ilícitas a través de la relativización de la prohibición de la tortura. Un ejemplo que materializa tal afirmación es el caso Gäfgen contra Alemania (2010) la situación fáctica expone la situación de un niño de 11 años que fue secuestrado y se pidió rescate por su liberación.

En este caso, se instaló un dispositivo de vigilancia en el lugar preestablecido para transar la suma acordada para el rescate, en dicha operación se identificó al "secuestrador" a quien se detuvo posteriormente en el aeropuerto Fráncfort,- lugar de los hechos-.

Con el fin de encontrar con vida al niño, la Policía local amenazó a Gäfgen con sometimiento a tortura o dolor físico no revelaba donde se encontraba el menor y que, en el evento de que fuera necesario, se materializara tal amenaza ocasionándole dolor pero sin lesiones evidentes.

Como consecuencia, el indagado confesó el, y lo confirmó ante diferentes entidades, como la policía, fiscalía y una autoridad judicial del distrito. No obstante lo anterior, su defensor solicitó la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado, y por tanto no fuera considerada la prueba material recaudada en virtud a dicha confesión, como quiera que había sido obtenida forzosamente.

⁹⁸ JUAREZ, Mariano gabriel. "La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación" En: *"ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO"*. Año XVIII, 2012. Bogotá: pp. 285-314.

Con base a tal petición, el tribunal que asumió conocimiento, declaró la inadmisibilidad de las referidas confesiones, "pero no de los elementos obtenidos con base en ellas, especialmente el hallazgo del cuerpo del menor"⁹⁹.

Para el mentado caso, se declaró la lesividad del obrar de los agentes de policía, debido a que habían infringido las normas locales que prohibían la amenaza para obtener una confesión de un indagado estipulado en los artículos "136.a de la Ordenanza Procesal Alemana y 1 y 104 de la Constitución Federal, así como del artículo 3.o de la Convención Europea sobre Derechos Humanos"¹⁰⁰.

Esta cuestión tenía un precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en el caso Jalloh contra Alemania (2007). En dicha ocasión se precisó que sin perjuicio de la verosimilitud no había lugar bajo ningún entendido de considerar una prueba resultante de un acto de tortura. El referido Tribunal Europeo, igual reconoció la falta de armonía de las decisiones judiciales en relación al alcance de la regla de exclusión en los sistemas jurídicos de los Estados parte.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho lo propio al respecto, en el caso Cabrera García y Montiel Flores contra México (2010) y el Caso Bayarri vs. Argentina (2008). En dichos eventos, la Corte declaró que la regla general excluye las pruebas obtenidas por medio de tortura o tratos crueles e inhumanos, dicha regla ostenta un carácter absoluto e inderogable.

Es menester indicar como la Corte hace alusión a la teoría de los frutos del árbol venenoso, al referir que carácter absoluto de la regla de exclusión "se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no solo a la prueba

⁹⁹ *Ibíd.* p. 290.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción”¹⁰¹.

2.1.2. Ordenamiento Legal Colombiano

El CPP reglamenta en su artículo 23, desarrolla el artículo 29 Constitucional en lo referente a la cláusula de exclusión:

"Cláusula de exclusión. 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".

Dicho tratamiento se deriva de la Teoría del Árbol de frutos ponzoñosos del derecho anglosajón, que excluye como se explicaba en líneas anteriores, cualquier medio probatorio que se derive de una prueba contaminada por ilicitud. Es así como la Corte Constitucional, en Sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, demarcó en el ordenamiento jurídico colombiano, la referida teoría de la exclusión de la prueba "doctrina de los frutos del árbol envenenado"¹⁰².

¹⁰¹ Ibíd. p. 167

¹⁰² Tanto Medina Reyes, como Perez Vaquero condensan el origen de esta teoría hacia los años 1920, "cuando los agentes del Gobierno de EE.UU. allanaron las oficinas de un empresario que fue detenido basándose en los libros contables que se hallaron en un registro ilegal, se denomina *Fruit of the poisonous tree doctrine*— se remonta al caso *Silverthorne Lumber Company* contra Estados Unidos, de 26 de enero de 1920, cuando los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne y este empresario y su padre fueron detenidos basándose en los libros contables hallados en aquel registro que posteriormente se declaró ilegal, apelando a la cuarta enmienda de su Constitución". La Corte Suprema determinó que "el rechazo en el proceso penal de las pruebas derivadas de los elementos obtenidos ilegalmente permite evitar que los organismos policiales federales actúen inobservando las disposiciones reglamentarias". *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Ahora bien, pese a que en la referida decisión declara la "inadmisibilidad de los libros contables obtenidos como consecuencia de un registro ilegal", el término "fruit of the poisonous tree" es desarrollado en el año 1939 en el caso *Nardone v. Estados Unidos* *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939). En este caso, la Corte

El fin de dicha teoría es que las pruebas obtenidas a través de la violación de una norma fundamental, inclusive cuando por "efecto reflejo o derivado, será ilegítima o ilegal igual que la prueba ilegal que la originó"¹⁰³. Dado lo anterior, se entiende que, la prueba ilícita desencadenante no solo afecta a sí misma, sino a todos los frutos derivados de ella¹⁰⁴.

Como bien lo indica el Profesor Rey¹⁰⁵, la exclusión del medio probatorio procede para cumplir diferentes funciones: En primera medida se consagra la función *disuasiva*, con relación a la futura conducta de los policiales o de los investigadores privados¹⁰⁶. La segunda función es la *protectora* en cuanto protege el sistema judicial, la correcta administración de justicia y su reputación al depurar el sistema probatorio.

Suprema señaló que "*el juez debe dar a los acusados la oportunidad de demostrar que una parte sustancial de la acusación contra ellos era fruto de un árbol envenenado*"

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-159. 6 de Marzo de 2002. Expediente T-426353. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁰⁴ En esta providencia se confunde prueba ilícita con prueba ilegal, sin embargo lo que refiere este aparte, se explica en la Sentencia de Unificación SU 159 de 2002 Magistrado Ponente: Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, al manifestar que "de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad".

¹⁰⁵ REY NAVAS, Fabio Iván. "Exclusión, inadmisión y rechazo del medio probatorio por parte del juez de control de garantías, juez de conocimiento y de ejecución de penas. Derecho Procesal Penal. Cuestiones Fundamentales". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín. 2017.

¹⁰⁶ En USA este es el fin primordial *The exclusionary rule*, toda vez a que pese su amplio propósito disuasivo, la regla no prohíbe el uso de pruebas ilegales la totalidad de los procedimientos penales, restringiéndose a aquellas áreas en las que se considera que sus objetivos de remediación son más eficaces. Caso *United States v. Calandra* (1974). Disponible en: "<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/338/case.html>". Consultado el 8 de Julio de 2017".

Como tercera función, se puede establecer que la regla de exclusión es *Garante* al respetar los lineamientos del sistema democrático y por lo tanto transparente para adelantar una causa judicial. Como una cuarta función se podría indicar que es *Aseguradora*, pues permite que los ciudadanos y el sistema judicial pueda confiar que la prueba tratará de demostrar la verdad de los hechos, inclusive cuando la misma puede llegar a ser consensuada por las partes.

Finalmente, es *reparadora*, en la medida que evita arbitrariedades en contra del procesado y porque no de la víctima en el caso en concreto¹⁰⁷. Dese el marco de referencia de esta investigación, anotaría que también tiene una función de Enfoque de Derechos Fundamentales o Neo constitucional.

Lo anterior, debido a que, en nuestro ordenamiento jurídico, diferente que el sistema jurídico norteamericano, la Regla de Exclusión se fundamenta en la salvaguarda de los derechos fundamentales, y no en "la impecabilidad de los procedimientos de obtención y aseguramiento de la evidencia y en el efecto de persuasión americano (*deterrent effect*) dirigido a las autoridades judiciales"¹⁰⁸, especialmente los agentes policiales y la Fiscalía General de la Nación encargados de "obtener y asegurar la evidencia con la finalidad de que no se violen o desconozcan garantías a los ciudadanos"¹⁰⁹.

Es de acentuar que la finalidad de la exclusionary rule no es el respeto de los derechos fundamentales en el proceso de recaudo y "aseguramiento de la prueba", sino un efecto de cierto modo "simbólico frente a los asociados, en el sentido de configurar en ésta una percepción de seguridad y justicia"¹¹⁰.

¹⁰⁷ Estos criterios son claramente expuestos por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación. SU159-02. Op. cit.

¹⁰⁸ BOLAÑOS ARIAS, C. A. "El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano". 2009. p. 23.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

2.2. Línea Jurisprudencial de excepciones de la Regla de Exclusión

2.2.1. Sentencias C-150 de 1993, C 491 de 1995 y T008 de 1998.

La línea jurisprudencial inicia con la Sentencia C-150 de 1993 la cual, se refiere a la "imposibilidad de limitar el debate sobre la legitimidad del contenido probatorio"¹¹¹. Dicha providencia nutre la Sentencia C-491 de 1995. Sin embargo, en una posición un tanto alejada a la anterior, considera que con la permisión de una prueba vulneradora del debido proceso "es posible declarar la nulidad del proceso".

Finalmente, el precedente se consolida con la Sentencia T-008 de 1998, la cual indica que al "haber sido recaudada - la prueba- con violación al debido proceso constitucional, resulta nula de pleno derecho y, en consecuencia, debe ser excluida del expediente".

Si bien dicha providencia se basa en el Decreto 2700 de 1991¹¹², CPP anterior, "toma el concepto de validez constitucional como una garantía fundamental de quien está siendo interrogado bajo la reserva de su identidad, no solo como protección a la prueba en su contenido formal (legal), sino en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales de esa persona que rinde su declaración".¹¹³

2.2.2. Sentencias C-093 de 1998 y SU-159 de 2002

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (22 de abril de 1993). Sentencia de constitucionalidad C-150. [M.P.Fabio Morón Díaz]

¹¹² HUERTAS Díaz, Omar; PRIETO Moreno, Jhoanna; JÍMENEZ Rodríguez, Nayibe. Op. Cit.

¹¹³ Ibíd. p. 229.

Dichas Sentencias afirman que la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso es una nulidad de pleno derecho, refiriendo al mandato constitucional. En específico, la Sentencia SU-159 de 2002 advierte que el “mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita”¹¹⁴.

2.2.3. Sentencia de Constitucionalidad C 591 de 2005.

De entrada advierte el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, *contrario sensu*, lo que hace, es consolidarlo, al estatuir “la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas”¹¹⁵.

En relación al alcance de este principio constitucional, la Corte Constitucional, en esta sentencia manifiesta que no toda irregularidad procesal que implique la “obtención, recaudo y valoración de una prueba”¹¹⁶, de contera una correlativa afectación del debido proceso. Toda vez que cuando se refiere a irregularidades meramente incipientes, no les es aplicable el inciso final del artículo 29 constitucional¹¹⁷.

Considera que la nulidad de pleno derecho de la prueba recaudada con afectación de derechos fundamentales es “un remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU 159. Op. cit. p. 34.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159. Op cit. p. 29

¹¹⁷ Ibid. p. 29

manera contraria al debido proceso, cuyos requisitos y condiciones, bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas, se encuentran regulados en la ley"¹¹⁸.

En específico reflexionó que:

"El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que 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 sólo puedan explicarse en razón de su existencia"¹¹⁹.

Vale aclarar que debido a la indeterminación que impregna la regla de exclusión dentro de la esfera probatoria, recurrentemente se cae en el error de encasillarla solamente dentro de la esfera procesal. En otras palabras, "no debe entenderse que su ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a las pruebas violatorias de las normas procesales"¹²⁰. Todo lo contrario, este mandato constitucional comprende de igual las garantías constitucionales fundamentales. Al respecto en la precitada providencia la Corte manifestó que

Es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es

¹¹⁸ Ibíd. p. 29

¹¹⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591, 2005, Op. cit. p. 34

¹²⁰ Ibíd.

sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales¹²¹

En tal sentido, la Corte Constitucional en providencia C 591 de 2005¹²² puntualizó que el artículo 455 del nuevo C.P.P. determinó ciertos criterios para determinar el nexo de causalidad entre una prueba y otra, esto es, si efectivamente se deriva la una de la otra.

En relación al **vínculo atenuado** establece que se ha entendido que si el nexo que se presenta entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, esto conlleva a que la segunda sea admisible¹²³ en virtud al principio de la buena fe, toda vez que la relación presentada en dichas pruebas resulta ser tan exigua que prácticamente se extingue el nexo de causalidad.

En relación a la **fuentes independiente**, asevera la Corte Constitucional, que si cierta evidencia o elemento material probatorio tiene un "origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso"¹²⁴.

Finalmente, ante el **descubrimiento inevitable**, la cual consiste en que la prueba derivada es admisible siempre y cuando el órgano de acusación lleva.

¹²¹ Ibíd.

¹²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-591 de 2005. Op Cit.

¹²³ "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *asunto Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939)".

¹²⁴ "CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *asunto Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920)".

a la convicción del juez a través de que aquella -esto es la derivada- habría sido de todos modos obtenidas por un medio lícito¹²⁵.

2.2.4. Sentencias C-210 de 2007 y T-233 de 2007

En últimas la Sentencia C-210 de 2007 reitera la posición sobre la exclusión de la prueba violatoria del debido proceso, afirma que dicha prueba, persigue la protección del “sistema jurídico y los derechos y libertades ciudadanas”. ya en Sentencia T-233 de 2007, “excluyó la prueba videograbada, al tiempo que cuestionó la decisión de los fiscales y tribunal de casación que permitió la inclusión de la misma”¹²⁶.

Sin embargo, entendió que, “en aplicación de la misma jurisprudencia transcrita, el proceso penal no era susceptible de demolerse”¹²⁷, un tanto confusa su posición.

El estudio en esta providencia concluyó que la situación de hecho presentada en el video no aportaba elementos de juicio, por ejemplo imágenes, o declaraciones adicionales a los que se habían presentado en el proceso en las anteriores diligencias y que habían llevado a que la Sala Penal de la Corte Suprema considerara la responsabilidad penal del indagado. Por tanto no quebrantaba el juicio al no existir un nexo de causalidad.

En este mismo sentido se tienen las siguientes consideraciones:

“No toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los

¹²⁵ “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *asunto Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984)”.

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (29 de marzo de 2007). Sentencia T-233. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra] párr. 34

¹²⁷ *Ibíd.*

defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. La Corte Constitucional ha establecido como regla inicial que la simple transgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación del debido proceso. Estas irregularidades menores se refieren a la afectación de las formas propias de los juicios, pero dada su baja intensidad en la definición del conflicto, no quedan cobijadas por el inciso final del artículo 29 constitucional. Además la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene”¹²⁸.

2.3.Consideraciones sobre la Jurisprudencia y Doctrina

No se olvide que, el derecho norteamericano de donde provienen dichas figuras es altamente punitivo, en el que la eficacia de la justicia en razón a la verdad prima sobre las garantías del procesado. Prima más la vulneración de sus derechos fundamentales como el debido proceso que la impunidad de cierto delito.

En cuanto a las pruebas obtenidas o prácticas con violación de los derechos fundamentales Sierra Domínguez, distingue “entre aquellas pruebas cuya realización es por si misma ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente pero incorporadas en forma lícita”¹²⁹.

¹²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. ST-233, Op cit. 9 p.

¹²⁹ "SERRA DOMÍNGUEZ, M. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVI, Vol, 2º dirigido por Manuel Albaladejo, Edit. En: *Revista de Derecho Privado*, Madrid. 1991".

Respecto a las primeras, su ilicitud es el resultado de no estar estipuladas previamente en las leyes. Al igual, son aquellas cuya misma construcción atenta contra los derechos de los individuos, pudiendo incluso llegarse a configurar un delito. En las segundas, están las "pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado, de una forma u otra, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Carta Política"¹³⁰, denominándolas como pruebas inconstitucionales.

Como se observa, existen varios aspectos que deberían tenerse en cuenta antes de excluir la prueba deriva de una primaria considerada como ilícita, analizando profundamente el tipo de vínculo que la derivada tiene, si proviene de una fuente catalogada como independiente, o si su descubrimiento había podido hacerse por otros medios.

Siguiendo con los derechos constitucionales, respecto al derecho a la intimidad, el derecho tutela al ser humano en esa intimidad o privacidad la cual es acreedor por el solo hecho de ser tal. Está protegido de molestias, indiscreciones, pesadumbre o desazón, que le produce que otro u otros conozcan de hechos o circunstancias personales, que sea mantener ocultos, en virtud de que tiene para sí que dicho conocimiento supera el umbral de su ámbito exclusivo y excluyente, vulnerando su sentido de decoro, pudor natural o dignidad personal. Por tanto, para que su integridad moral y anímica no se vea perturbada, el orden jurídico tutela sus derechos velando por la intangibilidad de su intimidad y privacidad inherentes a la persona humana¹³¹.

Igualmente, para Novoa Monreal, la vida privada se constituye por "fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ JAUNCHEN. Op. cit. pp, 61-62

por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato"¹³², a menos que el individuo en cuestión afirme o consienta ese conocimiento¹³³.

Complementariamente el derecho a la intimidad se conceptualiza desde dos significados, el primero el derecho a la privacidad se refiere a la idea de una autonomía individual, de los individuos y su derecho a tomar determinadas decisiones, las cuales, pueden ser aquellas de naturaleza vital o aquellas simplemente que no hagan daño a los demás. En segundo lugar, el derecho a la privacidad, se refiere a un interés informativo, un interés en mantenerse uno mismo ciertos hechos acerca de uno, fuera de la vista del público¹³⁴.

Asimismo, el derecho a la privacidad e intimidad se fundamentan constitucionalmente en el artículo 19 de la Carta Política. Se relaciona directamente con la libertad individual, al salvaguardar la autonomía individual como principio de una Constitución igualmente neoliberal.

Dicha autonomía de la libertad, como refiere Jaunchen se constituye por "los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, creencias religiosas, la salud mental, física, es decir, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo"¹³⁵ y cuya publicación más allá de la esfera íntima y conocimiento por extraños a dicha privacidad representa "peligro real o potencial para la intimidad"¹³⁶.

¹³² NOVOA MONREAL. Eduardo. "Derecho a la vida privada y libertad de información". p. 49.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ RUBENFELD, Jed. La popularidad de la privacidad, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires Argentina. 1999.

¹³⁵ Jaunchen. Op cit. p, 64

¹³⁶ *Ibíd.*

También la protección jurídica del derecho a la intimidad se consolida por de los artículos 17 y 18 de la Constitución Política, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el artículo 11 incisos 2º y 3º de la Convención Americana sobre derechos humanos, en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Política.

Tales garantías constitucionales brindan cuerpo o forma al Estado Social y Democrático de Derechos como quiera que hacen de las actuaciones de los aparatos del estado que se realicen de manera transparente y en cumplimiento de los Principios y derechos establecidos en nuestra Constitución y Código de Procedimiento Penal e igualmente en los tratados internacionales, para dotar a la actuación penal de la Dignidad que merece toda persona que se encuentra amparada por el Estado.

Reconociendo de esta manera el principio penal del *indubio pro reo*, el cual señala que toda persona es inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad¹³⁷. Una de las más importantes derivaciones procesales que tiene la presunción de inocencia es precisamente su definición al momento de dictar sentencia el operador jurídico deberá basarse para su decisión únicamente en las pruebas allegadas al proceso penal, y si de su interpretación probatoria no logra obtener la certeza respecto de la culpabilidad del acusado, se deberá absolver ante la duda razonable¹³⁸.

¹³⁷ La culpabilidad es más allá que la sencilla “inferencia razonable de autoría o participación” que configura una noción del tipo penal tanto objetivo como subjetivo (dolo, culpa y preterintención), sin incluir la antijuridicidad de la conducta (excepto en la tipicidad conglobante de Zaffaroni o del injusto típico). La culpabilidad tiene como elemento fundante la imputabilidad del sujeto y la exigibilidad de otra conducta.

¹³⁸ JAUCHEN. Op Cit. p. 107.

Unido a los señalamientos anteriores se encuentra el órgano y el objeto de la prueba. El órgano de la prueba hace alusión a la aptitud del imputado para suministrar información o confesarse, por cualquier medio de expresión, que sea, en tanto manifestación de voluntad psíquicamente decidida con libertad.

En lo que respecta al objeto de la prueba, es cuando el individuo en su corporeidad es la prueba misma, pues "contiene o es portador físico de la prueba"¹³⁹. En este evento el escenario es diferente, toda vez que la garantía constitucional de no autoincriminación protege "a la persona en cuanto a sus manifestaciones de voluntad por cualquier medio de expresión, más no cuando ella es la prueba misma o la contiene físicamente, por ejemplo: tener lesiones o tatuajes en su piel, o lesiones internas, contener en su aparato digestivo bolsas de estupefacientes, etc"¹⁴⁰.

En estos casos no es órgano sino objeto de prueba estando en la obligación de la ejecución de diligencias para obtener pruebas que conduzcan a la verdad material. En este sentido "sus actitudes omisas, reticentes o resistencias a la misma, pueden válidamente ser evaluadas como indicio en su contra"¹⁴¹.

2.4. EXCEPCIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN ESPECÍFICO

Ahora bien, dado el estudio de las reglas de exclusión, es menester en esta instancia adentrarnos a las excepciones de las reglas de exclusión que enunciábamos en líneas anteriores.

2.4.1. Vínculo Atenuado

¹³⁹ Ibíd.

¹⁴⁰ Ibíd.

¹⁴¹ ibíd. 249.

Como se analizaba con anterioridad, el vínculo o nexo de causalidad entre una prueba ilícita y una prueba derivada de esta es "tan tenue que casi se diluye"¹⁴². A juicio de Guerrero, si el vínculo persiste, "es una auténtica prueba derivada que proviene efectivamente de la prueba ilícita y por lo tanto se conecta su ilicitud"¹⁴³. Este criterio del vínculo atenuado "permite la condena de ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente, bien por el paso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la Fiscalía en la investigación penal o el simple azar"¹⁴⁴

En la doctrina el vínculo atenuado, como se ha observado tiene su origen en el Derecho Norteamericano, concretamente en la sentencia conocida como WONG SUN vs US de 1963¹⁴⁵,

En dicho sistema acusatorio norteamericano no solo reconoce la existencia de esta excepción al principio de exclusión sino que adicionalmente, como lo expone Delgado Del Rincón, se establece unos criterios extraídos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, los cuales pueden resumirse así; "tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la adquisición de la prueba lícita derivada, los acontecimientos ocurridos entre la obtención de ambas pruebas, la gravedad de la violación originaria y la naturaleza de la prueba derivada".¹⁴⁶

¹⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C -591. Op Cit.

¹⁴³ GUERRERO, O. J. "Institutos probatorios del nuevo proceso penal". Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica: 2009. p.277

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ "U.S. Supreme Court Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963) Wong Sun v. United States No. 36 Argued March 29 and April 2, 1962 Restored to calendar for reargument June 4, 1962 Reargued October 8, 1962 Decided January 14", 1963371 U.S. 471 US SUPREME COURT, Justia. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>

¹⁴⁶ DELGADO DEL RINCÓN, Luis (Burgos, S.F) "Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. *La regla de la exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*". Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013.

En el mismo sentido, el doctrinante Canción Moreno, respecto del vínculo atenuado, expresa: “La relación causal es tan mediata, tan fugitiva, tan inasible, que resulta difícil y ajeno si quiera a un incipiente consenso determinar la actuación ilícita como dominante integral del elemento probatorio obtenido o que la voluntad de la gente, autor de la violación fue determinada por el conocimiento de esta situación que es otro factor importante.” ¹⁴⁷

Por tal razón, es un hecho la eliminación del nexo existente entre una prueba y otra, en tanto que no se puede afirmar que se trata de una actuación ilícita que permee la prueba derivada obtenida. Ahora bien, es necesario precisar, que la teoría del vínculo atenuado necesita que el hecho a partir del cual se reputa cierto grado de culpabilidad, *nazca de forma autónoma y espontanea* frente a lo cual existe un intervalo de tiempo entre la contaminación de origen y la prueba derivada, ya sea la intervención de un tercero u otro factor, lo cual se encontrara conectado pero que habrá surgido de forma *natural y automática*.¹⁴⁸

Para Yáñez Meza¹⁴⁹, se efectúa una supuesta atenuación del vínculo entre lo ilícito y lo lícito, criterio que a su sentir, que queda sumido en el campo del subjetivismo del juez y que lo posibilita a que según su discrecionalidad, y en ocasiones arbitrariamente, se incorpore material probatorio. Aunque, se reconozca la existencia de relación causal a partir de su misma definición entre la prueba originaria y la prueba derivada. Esta crítica, es válida en el sentido, que existe la necesidad de establecer nuevos criterios de juicio de valor, específicos que sirvan como herramienta para que el juez determine la existencia o no del vínculo atenuado.

¹⁴⁷ CANCION MORENO, Antonio José. (Bogotá, S.F) "*Reforma al Código de procedimiento penal y la fiscalía general de la nación*". Academia Colombiana de la Abogacía, Bogotá, 2004, Pág. 188.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (Valencia, 1971) *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, 2 de abril)* Uniiversitat de Valencia, Valencia. 2003. Pág. 93

¹⁴⁹ YÁÑEZ MEZA, Diego en "Dilema Jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano". En: Revistas ICDP. 2008

2.4.2. Fuente Independiente

Esta figura se origina igualmente por jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁵⁰, y se encuentra entre otros en el caso Murray V. Estados Unidos. 487 U.S 533 (1988), a partir de la cual la mencionada corporación explica que a partir de esta institución jurídica, se permite la introducción de pruebas que fueron inicialmente descubiertas durante o como consecuencia de un registro ilegal, pero que posteriormente, se obtuvo con actividades lícitas las cuales no se encuentran contaminadas por la ilegalidad inicial.¹⁵¹

Gascón Abellán refiere que la fuente independiente establece que cuando las pruebas que se consideran derivadas de una violación de derechos anterior derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial ha estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá a aplicar la *fruit of the poisonous tree doctrine*; es decir, no procederá excluirlas.¹⁵²

Para Delgado Del Rincón, no hay ningún vínculo entre una y otra entonces no elimina el carácter legal de aquella que se realizó observando los preceptos legales.¹⁵³ su crítica se deriva en que esta excepción impregna una faceta negativa de la prueba ilícita, en el entendido que no se encuentra existente una relación de tipo causal entre la prueba originaria y la derivada. Ahora bien,

¹⁵⁰ Uno de los casos más representativos respecto de la prueba independiente es el Bynum vs Estados Unidos de América de 1960, en el que "se realizó la exclusión de impresiones dactilares tomadas luego de una detención ilegal, las cuales fueron allegadas de manera posterior, ya que hacía parte del archivo del FBI. Estas últimas fueron aceptadas como nuevas pruebas al considerarlas independiente de la primera". FERRERA FAJARDO, Olga Lucía; RODRIGUEZ FERRERA, Luis Ariel. "La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad. Universidad Militar Nueva Granada. 2015. p. 27".

¹⁵¹ "Murray v. United States 487 U.S. 533 (1988) No. 86-995, Argued December 8, 1987, Decided June 27, 1988* US SUPREME COURT, Justia. Disponible en Internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>"

¹⁵² GASCÓN ABELLÁN, Marina (S.F) "En defensa de al regla de exclusión, Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional", Universidad del Bosque, Bogotá. 2012. Pág. 88.

¹⁵³ DELGADO DEL RINCÓN, Luis (Burgos, S.F) "Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. La regla de la exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia". Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013.

BEDOYA, concluye que "puede hablarse de fuente independiente cuando, a pesar de existir una violación de garantías fundamentales, es posible demostrar que la evidencia cuya exclusión se pretende no está realmente relacionada con dicha irregularidad".¹⁵⁴

En el ordenamiento jurídico Colombiano, este concepto se encuentra en la Sentencia C- 591 de 2005 como se observó con antelación en la cual la corte estableció que: "si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso".¹⁵⁵

En relación con el vínculo atenuado y la fuente independiente, como auténticas excepciones a la regla de exclusión, contrarían expresamente y debilitan el mandato constitucional de nulidad de aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso penal estipulado en el artículo 29 constitucional.

Debido a que, en dichas eventualidades, "El Estado lo que realmente hace es utilizar pruebas ilícitamente obtenidas para demostrar la responsabilidad penal. Tratándose en todo caso de pruebas derivadas de pruebas ilícitas o que en los términos del artículo 23 del C de PP, solo pueden explicarse en razón de su existencia", tendrán que ser excluidas observando las directrices de exclusión que para las referidas pruebas estatuye dicho artículo"¹⁵⁶.

2.4.3. Descubrimiento Inevitable

Término acuñado en el caso Nix Vs Wiliams, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en el que se reconoce la existencia de una "excepción a la regla de exclusión", la cual debe ser adoptada en los casos en

¹⁵⁴ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando (S.F), "*La prueba en el Proceso Penal Colombiano*", Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 45

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de Constitucionalidad C -591 de 2005, Op Cit. p, 45

¹⁵⁶ MONSALVE CORREA. Op Cit. p. 360.

los cuales se reconozca que una prueba la cual revestía cierto grado de ilicitud iba a ser de todos modos descubierta inevitablemente observando la ley para la recaudación de dicho material.¹⁵⁷

Tal vez, aclamada por la crítica y la jurisprudencia como la más compleja de las excepciones de la Regla Probatoria de Exclusión. Si bien, "en la doctrina del vínculo atenuado se parte de la existencia de dos pruebas existentes"¹⁵⁸. De otro lado en el en la descubrimiento inevitable se trata de "prueba ilícitamente obtenida y la construcción de un curso causal hipotético en el cual la prueba se obtiene de manera lícita la presente excepción la prueba hipotéticamente lícita e inexistente es la que ingresa al proceso"¹⁵⁹.

Sin embargo, como afirma Monsalve Correa, los costos para los derechos fundamentales de los afectados por medidas arbitrarias, que "encierra la utilización del descubrimiento inevitable para excepcionar la regla de exclusión, son evidentes: el conocimiento al proceso se lleva mediante pruebas ilícitas originarias"¹⁶⁰.

Los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni se presentarán nuevamente en el mundo tangencial, así lo refiere Maier¹⁶¹: "no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido a cuya afirmación se puede arribar con certeza, en el caso, absolutamente necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que,

¹⁵⁷ "Nix v. Williams 467 U.S. 431 (1984) No. 82-1651 Argued January 18, 1984 Decided June 11, 1984, 467 U.S. 431. US SUPREME COURT, Justia. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>"

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ MAIER. "Las prohibiciones probatorias. En Antología. El proceso penal contemporáneo". Lima: Palestra Editores. 2008a. p 790.

en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales, esto es, producir la falsación de la hipótesis"¹⁶².

Esta excepción, es la más directa y alarmante en el debilitamiento de la regla de exclusión, se fundamenta en que las diferentes pruebas que se generen como consecuencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, que por su carácter ilegal deberían ser excluidas sin lugar a dudas del proceso, tenga la condición de ser tenidas en cuenta, en el entendido que, aun cuando se hubieran descubierto quebrando los estándares de la ley, las mismas se conocerían inevitablemente a través de maniobras lícitas.¹⁶³

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina (S.F) "*En defensa de al regla de exclusión*, Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional", Universidad del Bosque, Bogotá. 2012. p. 90.

CAPITULO TERCERO. IMPACTO DE LAS EXCEPCIONES DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA AUDIENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO

Sin ánimo de avivar el debate sobre el Sistema Procesal Penal colombiano, el profesor Daza Gonzalez¹⁶⁴, encuentra una serie de problemas en la práctica de la prueba ilegal, ilícita y regla de exclusión, toda vez que, para el referido autor se presentan dudas en relación a que si el juez de Control de Garantías tiene competencia para decidir sobre la regla de exclusión, o cuál debe ser el momento procesal en el cual se puede o no aplicar dicha regla.

Dicha controversia se suscita debido a que es turbio el escenario al no existir "claridad en el manejo de conceptos"¹⁶⁵, si bien se considera que este debate ya está decantado, algunos autores acusan que la denominación "prueba" se limita a la etapa de juicio cuando dicha prueba ya "ha sido descubierta, admitida, practicada y debatida"¹⁶⁶.

Lo anterior, como quiera que el artículo 22 del CPP se refiere a la aplicación de la "regla de exclusión de la prueba" lo que dejaría por disposición legal, la aplicación de dicha regla de resorte del Juez de Conocimiento.

¹⁶⁴ DAZA GONZALEZ. Op cit.

¹⁶⁵ Ibíd

¹⁶⁶ Ibíd.

Sin embargo, cabe aclarar que, no es posible quedarse con la mera enunciación de la norma, habría que adelantar un estudio concienzudo del espíritu que persigue la regla de exclusión y por tanto a prevención de la etapa de juicio, adelantando que se considera que tal tesis no es la correcta.

Tómese como afirmación que, la aplicación normativa del principio de exclusión, en la cual, toda prueba (*evidencia o elemento material probatorio*) que sea recaudada con desconocimiento de los derechos fundamentales, garantías procesales o formalidades propias del juicio, debe ser descartada de la *litis*.

Como lo asevera el profesor Rey¹⁶⁷, indistintamente la etapa procesal en la que se encuentre el proceso penal, el Juez Penal bien sea de garantías, de conocimiento o de ejecución de penas decide en cualquiera de los momentos en que actúa dentro del proceso penal, sobre la exclusión de evidencia ilícita o ilegal.

En efecto, los medios se consideran probatorios cuando vinculan al funcionario judicial para adoptar la decisión que corresponde, por lo tanto, existen pruebas en garantías, de responsabilidad y de ejecución de la pena, de esta forma en cualquiera de los momentos procesales el juzgador puede excluir un medio probatorio cuando el mismo esté viciado por prohibición, ilicitud o ilegalidad, correspondiendo en cada momento un manejo diferente del medio probatorio según la competencia que le corresponda¹⁶⁸. La inadmisión o rechazo del medio probatorio corresponde exclusivamente a la audiencia preparatoria o de juicio oral – no así la exclusión -, teniendo en cuenta que solo opera ante el protocolo específico de la prueba de responsabilidad penal.

Igualmente el Profesor Rey refiere que, en virtud del Código Penal y de Procedimiento Penal, las audiencias en la etapa de juicio lideradas por el Juez de Conocimiento se han considerado como el escenario ideal para la aplicación

¹⁶⁷ REY NAVAS. Op Cit.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

de las reglas de desconexión de antijuridicidad probatoria. Por lo tanto, es en la audiencia preparatoria o concentrada donde en principio, se solicitaría la exclusión de los medios prueba, al igual que en la audiencia de juicio oral, cuando se intente practicar o se esté realizando la práctica del medio probatorio.

Las reglas para la exclusión de los medios probatorios que se quiera hacer valer dentro del juicio oral, deberían ser las mismas que podrían operar ante el juez de control de garantías, es decir que el medio este viciado por ilicitud o por ilegalidad. Con la expectativa - difiere- que corresponde al juez de conocimiento establecer de forma autónoma si acepta o no un determinado medio probatorio, así haya sido excluido con anterioridad por el juez de control de garantías¹⁶⁹.

3.1. Audiencia de Allanamiento y Registro

Para la Corte Constitucional, el artículo 219 del CPP le otorga la potestad legal al ente acusador para proferir orden a la policía judicial dentro de la diligencia de registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, con dos objetivos. El primero, es el de recaudar lícita y legalmente elementos materiales probatorios y evidencia física. El segundo en ejecutar, si hay lugar, la captura del indiciado, imputado o condenado. "Si la diligencia tiene como única finalidad la captura, solo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva".¹⁷⁰

Conforme a lo mencionado, la Corte Constitucional en la sentencia C-1092 de 2002¹⁷¹, contempla que la actuación de la Fiscalía al realizar una diligencia de

¹⁶⁹ Ibíd.

¹⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad SC366. 2014. M.P.

¹⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de Constitucionalidad C-1092 de 2002. [M.P.:Álvaro Tafur Gálvis]

allanamiento a un inmueble debe ser sometida por parte del Juez de Control de Garantías a una valoración dentro de las 36 horas siguientes a su realización.

En la referida sentencia, afirmó el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional en impecable providencia que, el operador jurídico con función de control de garantías en la estructura del proceso penal es piedra angular, toda vez que examina las potestades judiciales constitucionales endilgadas a la Fiscalía. En este escenario analiza si sus actuaciones se adecúan al respeto de los derechos fundamentales de los asociados.

En el evento que lo anterior no se presente, esto es, que sí quebranta derechos fundamentales o garantías constitucionales con su acción dentro de la diligencia de registro y allanamiento, el juez con función de garantías le resta legitimación alguna a dicha actuación, y de contera, a los elementos derivados de dicha prueba, reputados inexistentes y por tanto, no hay lugar a ser admitidos ni valorados como prueba.

Como resultado, queda impedida dicha actuación de materializar la promoción de una investigación penal. A su vez se le restringe la opción de llevarse ante el Juez de Conocimiento para su juzgamiento en virtud de lo expuesto en el artículo 29 constitucional. "Conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso"¹⁷².

En el evento en que ocurra lo opuesto, esto es, que el juez con función de control de garantías advierta que el ente acusador, no desconoce ni garantías ni derechos constitucionales, se le permite "continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado"¹⁷³.

¹⁷² Ibíd.

¹⁷³ Ibíd.

Ello no es óbice para que el referido Juez se pronuncie sobre las consecuencias jurídicas de los elementos recaudados, cuyo debate se efectúa en la etapa de juicio ante debate público y oral por parte de todas las partes intervinientes y ante las formas propias del juicio. Para Parra Quijano "El mandato constitucional exige que el funcionario judicial expresamente determine que la prueba iniciada no puede continuar formando parte del expediente"¹⁷⁴.

Igualmente, "si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales el juez a cargo del control no legítima la actuación de aquella y los elementos de prueba recaudados se refutan inexistentes y no podrían luego a ser admitidos como prueba, ni valorados, como tal. A partir de esa actuación llevar a cabo la promoción de una investigación penal, tampoco podrá ser llevada ante un juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento, efectos que son concordantes con el artículo 29 de la Constitución Política, conforme el cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso"¹⁷⁵.

Adicionalmente, de nuevo el profesor Parra pone de manifiesto lo que debería realizar el juez respecto a la actuación de la Fiscalía en cuanto a la forma de obtención de las pruebas, para que estas sean válidas, respetando el debido proceso y derecho constitucionales del procesado.

Teniendo en cuenta que el Derecho a la intimidad es un derecho constitucional y como quiera que cuando se ingresa a un bien inmueble sin orden de la Fiscalía se viola éste derecho fundamental la prueba debe ser excluida por ser ilícita y obtenida sin el cumplimiento de las garantías constitucionales.

¹⁷⁴ PARRA-QUIJANO, Jairo. El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria, en: XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. pp. 213-214.

¹⁷⁵ FÁBREGA P. Op Cit. p. 352

Otro elemento importante es la impugnación por ilicitud de la prueba: La parte que desea la inadmisión de la prueba ilícita obtenida está en la obligación de demostrar las circunstancias que configuran su ilegitimidad. Siempre y cuando aparezcan en autos elementos suficientes que evidencien la ilicitud de la prueba el juez, aunque la parte perjudicada no haya propuesto un incidente en tal sentido, no debe concederle valor probatorio¹⁷⁶.

Igualmente, el juzgador frente al problema de la ilicitud de una prueba aportada al proceso puede ponderar:

Qué tipo de prueba se pretende valorar (documentos, grabaciones, películas, etc.). Cuál es la naturaleza de los interés del debate (si es un asunto penal, mercantil o de familia, etc.). Si la prueba surgió a consecuencia de la relación exclusivamente entablada por las partes contendientes. Si el documento o grabación, favorece o perjudica únicamente a las partes en el proceso, excluyendo por tanto, aquellas pruebas obtenidas clandestinamente, y de la cual terceros no afectos a la relación pretenden derivar derechos¹⁷⁷.

Asimismo, una prueba derivada de una prueba considerada como ilícita, el problema no está en su reconocimiento y admisión sino en la calificación como independiente de aquella prueba que efectivamente no tiene ese carácter al estar directamente relacionado con una inicial actividad probatoria ilícita, según lo preceptuado por Miranda.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Ibíd. p. 353

¹⁷⁷ Ibíd.

¹⁷⁸ MIRANDA ESTRAMPES. "El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal". Editor J.M. Bosch.2004. p. 107.

El artículo 232 del CPP, "excluía la evidencia y elementos materiales probatorios que provinieran *directa y exclusivamente* de una orden de registro y allanamiento indebidamente emitida por la Fiscalía General de la Nación", sin embargo, dicha disposición - directa y exclusivamente- quedó declarada inexecutable.

Como lo refiere Monsalve¹⁷⁹, permitía que la aquellos medios de conocimiento que carecieran de la relación directa y exclusiva con la orden ilegalmente obtenida, pero que de cierta forma "se desprendían necesariamente de la prueba ilícitamente obtenida, fueran parte de la investigación y del proceso mismo"¹⁸⁰.

Para la Corte Constitucional, en la Sentencia Hito de Constitucionalidad C-591 ampliamente reiterada en el presente estudio, una orden de registro y allanamiento que adolece de los requisitos legales exigidos para esta acto de la Fiscalía General de la Nación, especialmente los artículos 220-232 CPP- es una violación del debido proceso "por tratarse de una diligencia afectada de invalidez"¹⁸¹.

De tal forma que, todo elemento o evidencia desplegada de dicha orden de allanamiento y registro sin las formalidades exigidas, "debe ser excluida, tanto las que sean consecuencia directa de la ilegalidad como aquellas que sean consecuencia derivada de ella"¹⁸², debido a su conducta antijurídica.

¹⁷⁹ MONSALVE CORREA. Sebastián En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40, No. 113. Medellín. 2010. p. 377.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C 591. Op Cit.

¹⁸² *Ibíd.*

3.1.1. Cadena de Custodia.

La controversia en esta audiencia se debe a la pérdida de la cadena de custodia, la cual *per se* no configura un asunto de aplicación de la Regla Probatoria de Exclusión, sino como afirma el Profesor Rey, es mas bien un asunto de valoración probatoria. Así lo refiere la Corte Suprema de Justicia: "La regla de exclusión aplica contra los medios probatorios ilícitos o ilegales; y no sobre los medios probatorios respecto de los cuales se discuta la cadena de custodia, la autenticidad o la autenticidad."¹⁸³

La Cadena de Custodia, para Angulo Gonzáles es un instrumento "que garantiza la seguridad, preservación e integridad de los elementos probatorios"¹⁸⁴ recogidos al interior de una investigación penal, generalmente llevada a cabo por agentes del CTI por parte del ente acusador, o de investigadores privados por parte de la defensa. "Siendo su principio básico el de la responsabilidad en el manejo de dichos elementos".¹⁸⁵

Su fin último se centra en demostrar ante el operador judicial, especialmente el Juez de Control de Garantías que asume conocimiento en el control posterior de la orden de registro y allanamiento, que la evidencia presentada "es la misma que se obtuvo originalmente en el lugar del hecho o que fue aportada por testigos, o en procesado"¹⁸⁶.

En virtud a una política criminal que en ocasiones contraría los presupuestos del Estado Social de Derecho como quiera que responde a un populismo punitivo, el desvanecimiento o pérdida de la cadena de custodia, que

¹⁸³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Decisión No. 25920. 21 de Febrero de 2007.

¹⁸⁴ ANGULO GONZÁLES, Rubén Darío, "Cadena de Custodia en Criminalística", Ediciones Doctrina y ley. Colombia, 2005. p. 90

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

en principio debería ser ilegal en virtud al artículo 29 constitucional, y su desarrollo legal en el CPP, lo cierto es que, en virtud de las excepciones se ha configurando un amplio margen de maniobra fraudulenta para estructurar falsos positivos judiciales como lo refiere el Profesor Rey¹⁸⁷.

Por tal razón, se observa que dichas excepciones, como en la cadena de custodia, suceden debido a la necesidad de castigar y perseguir ciertos delitos que de una u otra forma visto que *quedaran impunes*, verbigracia, los casos de corrupción que flagelan el devenir diario de los medios de comunicación, en los cuales las conversaciones telefónicas demuestran una culpabilidad evidente.

Monsalve¹⁸⁸ argumenta que la eficacia de la justicia debe ser calificada por las actuaciones del Estado que se efectúen dentro de un marco de legalidad. Mas aún si reposa dentro de un Estado Social de Derecho, en el cual el papel constitucional y legal rigen el ordenamiento jurídico y limitan el poder estatal de abusos.

De ya, es claro indicar que, sin el conocimiento de este sería una falacia hablar de una correcta administración justicia desde el lente jurídico¹⁸⁹. Como afirma Maier¹⁹⁰ el proceso penal “alcanza incluso su finalidad –esto es, no carece de razón de ser- aún cuando la llamada verdad no pueda ser descubierta, esto es, aún cuando no alcancemos por su intermedio el conocimiento real necesario para armar o negar la hipótesis cuya existencia o inexistencia pretendemos verificar”.

De tal manera que, la obtención de la verdad en principio, no presupone un valor con entidad suficiente para cimentar las excepciones de la Regla

¹⁸⁷ REY NAVAS. Op. Cit.

¹⁸⁸ MONSALVE Op Cit.

¹⁸⁹ Ibíd.

¹⁹⁰ MAIER. La verdad y el procedimiento judicial. En Antología. El proceso penal contemporáneo (pp. 945-958). Lima: Palestra Editores. 2008b. pp. 945-958.

Probatoria de Exclusión. Debido a que "aun cuando una prueba es excluida del proceso penal, este no se satisface con el seguimiento riguroso del rito establecido para juzgar, y por lo tanto cuando se excluye una prueba ilícita lo que se hace es reafirmar la necesidad de llegar a una verdad o por lo menos de cierta verdad respetuosa del procedimiento preestablecido y de los derechos fundamentales"¹⁹¹.

Se ha de afirmar que debe ser una regla general en un Sistema Acusatorio de tinte garantista que, "ante el quebrantamiento del procedimiento legal por parte de las autoridades públicas y ante lesiones a derechos constitucionalmente establecidos, debe excluirse la prueba del proceso, tanto la originaria, como la que de aquella se pueda desprender"¹⁹².

Las excepciones a la regla de exclusión son una muestra de cómo en el proceso penal colombiano, prevalece la persecución penal sobre los derechos constitucionales, debido al atractivo político que conlleva. de los imputados valores como la "eficiencia en la persecución penal".

La teleología de la regla de exclusión se fundamenta en el efecto disuasorio que se materialice sobre los agentes de policía judicial y la fiscalía, como quiera que son los directamente regulados por esta regla dentro de la persecución penal.

Se afirma que dicha regla de exclusión resulta una interpretación con efectos altamente inconstitucionales, ya que abre la posibilidad de transgredir derechos constitucionales de los ciudadanos que se encuentran en desventaja procesal ante un juicio desequilibrado de partes.

¹⁹¹ MONSALVE. Op. cit. p. 378.

¹⁹² *Ibíd.*

Finalmente, se recoge la postura de Monsalve cuando refiere que "con la exclusión de las ilicitudes probatorias no se generen efectos preventivos, sin tener en cuenta la prevalencia de valores constitucionales como el debido proceso, de mayor jerarquía"¹⁹³. El rol activo del Operador Judicial es trascendental en aras de garantizar un estado legalista Social Democrático y de Derecho en la praxis.

¹⁹³ *Ibíd.*

4. CONCLUSIONES

La Constitución Política de 1991 es una herramienta que permitió la participación de los asociados en el Estado Social de Derecho en pro de asegurar la protección de sus derechos humanos dentro de su sistema jurídico constitucional. Una muestra de ello fue el artículo 29 superior en su inciso final que consagró explícitamente la regla de exclusión de las pruebas violatorias del debido proceso, refiriendo que su consecuencia jurídica era sin más, la nulidad. Lo que indica el carácter sancionatorio hacia el desconocimiento de los derechos, y garantías mínimas constitucionales como el del debido proceso y el derecho a la intimidad en la recolección de pruebas.

En suma, los fenómenos novedosos que trajo consigo la Constitución Política de 1991, como el discurso de la garantía de los derechos fundamentales- también incluidos por la Constitución- es altamente rigurosa. Particularmente en lo que tiene que ver con el debido proceso en el marco del proceso penal, los procesados tienen figuras garantes como las acciones de tutela del artículo 86 constitucional, causales de recursos excepcionales de casación del artículo 181 del CPP, habeas corpus constitucional y la exclusión de las pruebas ilícitas del artículo 29 constitucional. Sin embargo, dicha protección de igual manera tiene sus excepciones como lo son las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 que deben ser tratadas cuidadosamente dentro de un marco sumamente garantista con una tendencia de un neo-constitucionalismo pleno en donde la dignidad humana del individuo es fin último del Estado Social de Derecho.

El neo-constitucionalismo, el cual surge para materializar dicha protección de derechos fundamentales en todos los escenarios tanto administrativos como jurídicos, su importancia radica en la humanización del derecho estatal, como bien lo refieren Cottier y Hertig. Como consecuencia, se sancionan con la regla de exclusión las pruebas que no reconozcan dicha humanización con un enfoque de derechos humanos. Pese a ello, no siempre se garantizan los derechos humanos, y en ocasiones se prefiere virar al populismo punitivo y a la búsqueda de resultados inmediatos por presión mediática o de estadísticas, lo que conlleva a preferir la búsqueda de la verdad que a los derechos fundamentales del indiciado, verbigracia la vulneración del derecho al debido proceso o la intimidación en la diligencia de registro y allanamiento. Esto es, llegar al fin sin importar los medios

El populismo punitivo juega un rol primordial en la ilicitud probatoria y su aprobación por medio de las excepciones de la cláusula de exclusión, en donde la punibilidad sobrepasa la garantía de derechos constitucionales, sentando el debate de la discusión por la legitimidad que tiene el Estado para tomar ventaja de su propia ilicitud.

Si bien la regla de exclusión se motivó y cimentó en el marco del derecho anglosajón, especialmente por el efecto disuasivo del *exclusionary rule* ante los agentes encargados de la recolección de la prueba. En el derecho colombiano se debe analizar el contexto: la Carta Política de 1991 consagró explícitamente en sus anales la institución de la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso en su artículo 29 que fue denominada por la Corte Constitucional como Regla de Exclusión Probatoria.

Pese a ello, al estatuirse constitucionalmente, dicha regla ha presentado un progresivo debilitamiento¹⁹⁴ debido a las causales que exceptúan dicha regla de exclusión tanto a nivel jurisprudencial como legal. Debido a ello genera un impacto en arbitrariedades por parte de los agentes policiales al permitir el desconocimiento de las garantías mínimas de todo procesado estipuladas bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ratificado por la Constitución Política en virtud al bloque de constitucionalidad.

Por tanto, se puede afirmar después del estudio jurisprudencial y doctrinal que dichas reglas excepcionales que no atienden a la exclusión de la prueba ilícita no son más que una amalgama de un Sistema Acusatorio diferente al Colombiano, con diferente contexto constitucional y diferente modelo Estatal. Por lo tanto su aplicación se deriva conflictiva con el proteccionismo acostumbrado de la Constitución Política de 1991, así como de la interpretación garantista que de dicha carta ejecuta la Corte Constitucional, la cual, acertadamente se mueve dentro del marco de un enfoque de derechos, proteccionista de las garantías mínimas de los procesados pero que lamentablemente por ficciones jurídicas como las excepciones esbozadas en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal debilitan su función social.

El derecho penal en un Estado Social de derecho busca también un correcto acceso y servicio de justicia el cual se desdibuja ante la impunidad o fallos arbitrarios que desconocen derechos, principios y fines constitucionales. Razón por la cual, el mandato constitucional 29 exige que el Juzgador Penal determine la viabilidad de una prueba que no cumple con el referido desconocimiento.

¹⁹⁴ BOLAÑOS ARIAS, Carlos Andrés. "El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano". En: "*Diálogos de Derecho y Política*". No. 1 2009. pp. 1- 21

5. BIBLIOGRAFÍA

ANGULO GONZÁLES, Rubén Darío, "Cadena de Custodia en Criminalística", Ediciones Doctrina y ley. Colombia, 2005.

ALBERTON, G. De l'indispensable in- tégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité? *Revue française de droit administratif*, (2), 2005. 249-268.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando (S.F), *La prueba en el Proceso Penal Colombiano*, Fiscalía General de la Nación, 2008, pág. 45

BENAVENTE Chorres, Hesbert. Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor: 2011, pp. 195 – 196.

BOLAÑOS ARIAS, C. A.. El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano. 2009

BUELVAS NIETO, Carlos Alberto; URBANO GOMEZ Cristian Antonio, *LA PRUEBA ILÍCITA Y LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL, ¿CUÁL ES SU ALCANCE Y APLICACIÓN?* Bogotá. 2011. p. 94

CALAMANDREI, P. (2000). La casación civil. México: Oxford University Press, 3

CANÇADO TRINDADE, A. A. (2013). *International law for humankind: towards a new jus gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

CANCION MORENO, Antonio José. (Bogotá, S.F) *Reforma al Código de procedimiento penal y la fiscalía general de la nación*. Academia Colombiana de la Abogacía, Bogotá, 2004, Pág. 188.

COTTIER , T y HERTIG, M. "The prospects of the 21st Century Constitutionalism". Max Planck UNYB No. 7. 2003 pp. 261-328.

DAZA GONZALEZ, A. (s.f.). *La Prueba Obtenida con Violación de las Garantías Fundamentales y su exclusión en la Ley 906 de 2004*. 2006 art. *Prolegómenos-Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada.

DAZA GONZALEZ, Alfonso. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*. Universidad Libre. 2011. p. 37

DAZA GONZALEZ, A. *Evidencia ilícita y cláusula de exclusión "Límites de la policía de vigilancia en la prevención del delito y de la policía judicial en la investigación del mismo, en el Estado Social y democrático de Derecho"*. Tunja: IBAÑEZ. Universidad Santo Tomas. 2015. p. 94

DEAN, Hartley. *Derechos Sociales y Bienestar Humano*. Routledge, Londres: 2015.N

DELGADO DEL RINCÓN, Luis. La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia. pp. 1-21

DELGADO DEL RINCÓN, Luis (Burgos, S.F) *Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México. La regla de la exclusión de la prueba ilícita*,

excepciones y eficacia. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: 2012, Ariel. p. 276

FARGE COLLAZOS, Carlos. El Estado de bienestar En: Enfoques [en línea] 2007, XIX: [Fecha de consulta: 10 de julio de 2018] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25913121005>

FERRERA FAJARDO, Olga Lucía; RODRIGUEZ FERRERA, Luis Ariel. La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad. Universidad Militar Nueva Granada. 2015. pp. 1-29

FERRER, Mac-Gregor, E. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*). En: *Estudios Constitucionales*, 11(2), 2013. pp. 641-694.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (S.F) *En defensa de al regla de exclusión*, Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional, Universidad del Bosque, Bogotá. 2012. p. 90.

GUERRERO, O. J. Institutos probatorios del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica: 2009.

GÓMEZ. 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 su desarrollo futuro inmediato. En: Gómez, (Coord.), Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema

penal español y en el derecho comparado: Tirant lo Blanch. Valencia: 2008. p 109.

GÓNGORA Mera, M. E. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. En A. V. Bogdandy, H. Fix-Fierro, y M. Morales Antoniazzi (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos* (págs. 301-327). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GUASTINI, Ricardo. Sobre el concepto de Constitución. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 1. 1999.

HUERTAS Díaz, Omar; PRIETO Moreno, Johanna; JÍMENEZ Rodríguez, Nayibe. La Prueba Ilegal e Ilícita, su Tratamiento de Exclusión Probatoria en el Proceso Penal Colombiano En: *Misión Jurídica -Revista de Derecho y Sociedades*. 2015: pp. 229.

JAUCHEN, Eduardo M., Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe: 2002, pp. 613 y 614.

JUAREZ, Mariano gabriel. La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación En: *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*

MAIER. Las prohibiciones probatorias. En Antología. El proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra Editores. 2008a. pp. 771-791

MAIER. La verdad y el procedimiento judicial. En Antología. El proceso penal contemporáneo (pp. 945-958). Lima: Palestra Editores. 2008b. pp. 945-958.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (Valencia, 1971) *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, 2 de abril)* Uniiversitat de Valencia, Valencia. 2003. Pág. 93

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ariel Derecho S.A, 1994. pp. 33-40.

MEDINA REYES, Medina. La teoría del Árbol envenenado en el Derecho Administrativo. 2015. En: <http://www.robertomedinareyes.com/la-teor-a-del--rbol-envenenado-en-el-derecho-administrativo.html>

MIRANDA ESTRAMPES. El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal. Editor J.M. Bosch. pp-1-200.

MONSALVE CORREA, Sebastián. La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991 En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40, No. 113. p. 351-379

MURILLO CRUZ, David Andrés. La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: *Revista de Derecho Público*. No. 36. Bogotá, 2016: p. 4.

NOVOA MONREAL. Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. p. 49.

PARRA-QUIJANO, jairo, *El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria*, en: XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. pp. 213-214.

PEÑA AYAZO, Jairo Iván, Prueba Judicial Análisis y Valoración. Consejo Superior de la Judicatura, 2008

PEREZ VAQUERO, Carlos. Decálogo de las doctrinas, reglas y prácticas jurídicas americanas que también se aplican en Europa y viceversa. En: *Derecho y Cambio Social*. 2017

REY NAVAS, Fabio Iván y otros. Derecho Procesal Penal. Cuestiones Fundamentales. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, Medellín. 2017.

RUBENFELD, Jed. La popularidad de la privacidad, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires Argentina. 1999.

RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo. *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. 2006.

RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo. VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. 2008. pp. 167-197.

SEN, Amartya Commodities and capabilities. Amsterdam New York New York, N.Y., U.S.A: North-Holland Sole distributors for the U.S.A. and Canada, Elsevier Science Pub. 1985.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVI, Vol, 2º dirigido por Manuel Albaladejo, Edit. En: *Revista de Derecho Privado*, Madrid. 1991.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Teoría de la organización administrativa colombiana. Una visión jurídico-administrativa. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá: 2005, p. 89.

YÁÑEZ MEZA, Diego en Dilema Jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano. En: *Revistas ICDP*. 2008

WALTER, C. International law in a process of constitutionalization. En: J. Nijman y A. Nollkaemper (Edits.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. pp. 191-215.

URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba Ilícita y regla de exclusión. Op. cit.* p. 314 y ss.

5.1. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte I.D.H. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74

Corte I.D.H Caso Bayarri vs. Argentina, Corte Interamericana sobre Derechos Humanos Serie C, No. 187, del 30 de octubre de 2008, párr. 108

Corte I.D.H Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, serie C, No. 220, del 26 de noviembre de 2010.

Corte I.D.H Caso Gäfgen contra Alemani. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Gäfgen contra Alemania, decidido el 1 de junio de 2010 (demanda No. 22978/05).

5.2. Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-127 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (22 de abril de 1993). Sentencia de constitucionalidad C-150. [M.P.Fabio Morón Díaz]

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C038. 9 de febrero de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-566. 30 de noviembre de 1995. Expediente No. D-823. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-022. 23 de enero de 1996. Expediente No. D-1008. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-191. 1998, p. 17.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación SU-159. 6 de Marzo de 2002. Expediente T-426353. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de Constitucionalidad C-1092 de 2002. [M.P.:Álvaro Tafur Gálvis]

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-591. 9 junio de 2005. Expediente: D-5415. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela T-291. 2 de junio de 2006. Expediente T-5.350.821. M.P. Alberto Rojas Rios.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C 2. 21 de marzo de 2007. Expediente D-6405. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. párr. 33

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (29 de marzo de 2007). Sentencia T-233. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra] párr. 34

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-121. 22 de Febrero de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otros

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-980. 1 de diciembre de 2010. Expediente: D-8104. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello. p. 20

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-473. 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad C-031. (2 de mayo de 2018). [Expediente: D-11906]. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

5.3.Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 2052. Expediente 18103. 02 de Marzo de 2005.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia No. 21529. 7 de Septiembre de 2006.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casacion Penal. Decisión No. 25920. 21 de Febrero de 2007.

ORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Penal Auto No. 29.152. del 10 de septiembre de 2008.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 29416. 23 de Abril de 2008.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto interlocutorio No. 31127. 20 de mayo de 2009.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 26836. 1 de Julio de 2009.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto No. 30838. 31 de Julio de 2009.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación No. 33621. 10 de Marzo de 2010.

