

**LA PRUEBA ILICITA, ALCANCE LEGAL Y CONSTITUCIONAL EN LA
LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

AUTOR : OSCAR MAURICIO SIERRA FAJARDO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
MAESTRÍA
BOGOTÁ D.C.
2016**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
--------------------	---

CAPÍTULO I.

APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE LA PRUEBA ILÍCITA	10
---	----

1.1 Concepto de Prueba Ilícita en los Diferentes Sistemas Jurídicos	10
1.2 Nociones Generales	46
1.3 Algunas Clasificaciones sobre las Prohibiciones de Prueba.....	60
1.4 La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita y sus Excepciones.....	72
1.4.1 Teoría de los frutos del árbol envenenado.	79
1.4.1.1 El vínculo atenuado.	83
1.4.1.2 La fuente independiente.	85
1.4.1.3 El descubrimiento inevitable.....	86

CAPÍTULO II.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES.....	90
--------------------------------	----

2.1 Prohibiciones Probatorias en Colombia.....	91
2.1.1 Principio de Legalidad.	102
2.1.2 Principio de presunción de inocencia.....	106
2.1.3 Derecho al debido proceso.	109
2.1.4 Búsqueda de la verdad material y límites en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado.	112
2.2 Conflicto entre Bienes Jurídicos Esenciales. Proporcionalidad y Ponderación.....	117

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS	126
---	-----

3.1 Metodología de Revisión de la Jurisprudencia	126
3.2 Precisiones Conceptuales Preliminares.....	128

3.3 Análisis Concreto de la Jurisprudencia.....	132
3.3.1 Línea Jurisprudencial Acerca de la Inadmisión o Rechazo de las Pretensiones sobre Prueba Ilícita o Ilegal	137
3.3.1.1 Sentencias sobre prueba ilícita o ilegal principal.	137
3.3.1.2 Sentencia sobre prueba ilícita derivada.	151
3.3.2 Línea Jurisprudencial sobre el Reconocimiento Explícito de la Existencia de una Prueba Ilícita	158
 CONCLUSIONES.....	 166
 BIBLIOGRAFÍA.....	 173

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha advertido un importante proceso de constitucionalización del proceso penal, que se hizo visible especialmente con el Código de Procedimiento Penal del año 2000 (Ley 600 de 2000) y se afianzó con el expedido a propósito de la implementación del sistema oral acusatorio (Ley 906 de 2004), lo que constituyó un enorme esfuerzo por hacer coherente la legislación penal con las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia y plasmadas muchas de ellas en tratados y convenios suscritos y aprobados internamente; y como muestra de ello, en estas dos codificaciones, explícitamente se dispone que los tratados y convenios internacionales deberán ser aplicados dentro del proceso penal, particularmente aquellos que versen sobre derechos humanos, al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Lo anterior, sin duda alguna, supone un nuevo enfoque del proceso penal, toda vez que la interpretación de las disposiciones, tanto sustanciales como procesales, no solo debe estar en armonía con los principios del derecho penal y con una valoración sistemática de sus normas, sino también con los principios y derechos recogidos en la Constitución Política y otros Convenios Internacionales que hacen parte de ella. Y todos estos postulados tienen incidencia directa en la actividad probatoria que deba adelantarse dentro del proceso penal y, sin duda alguna, también en la prueba ilícita, tema sobre el cual se realizará el estudio que aquí se presenta.

Desde la formulación de la noción de prueba ilícita, de la mano de Ernest Beling con la expresión de ‘prohibiciones probatorias’ acuñada en 1903 en una lección inaugural impartida en la Universidad de Tubinga (Alemania), el tema no ha permanecido estático y, por el contrario, los numerosos casos, algunos más notorios que otros, que se presentan en nuestro sistema judicial y que en ocasiones develan preocupantes métodos de investigación (por ejemplo, seguimientos o interceptaciones telefónicas no ordenadas por ninguna autoridad judicial), continúan desafiando la fortaleza de nuestras instituciones jurídicas, por lo que, sin duda alguna, la prueba ilícita sigue siendo una figura que aún hoy en día genera intensas discusiones y que llama constantemente a la reflexión acerca de su justificación y fundamento filosófico y jurídico dentro de nuestro ordenamiento penal.

Bajo este nuevo cariz, esto es, de un lado, el especial énfasis que se hace sobre el respeto y protección estricta de las garantías sustanciales y derechos fundamentales de los sujetos procesales, pero que contrasta, de otro, con las avanzadas técnicas de investigación que ponen al alcance abundante información, personal y reservada, de los ciudadanos y que cada vez más parecen aceptarse ante los especializados esquemas de macrocriminalidad que ponen en riesgo importantes bienes jurídicos de la sociedad. Por ello, aquellos argumentos que se exponen como justificación filosófica para impedir la aducción o valoración de una prueba que se ha obtenido con desconocimiento de las normas constitucionales o de requisitos esenciales previstos en la ley, como, por ejemplo, la lucha contra la impunidad o la efectiva investigación y eventual sanción de graves violaciones contra bienes jurídicos tutelados no constituye razón suficiente para admitir la incorporación de una prueba ilícita o ilegal o la legitimidad del Estado podría quedar seriamente cuestionada si se autorizara el empleo de métodos o prácticas de investigación reprochables, mismas que dice o busca combatir sus autoridades en el ejercicio de la facultad punitiva.

En consecuencia, los límites a veces no parecieran ser tan claros, más cuando el órgano judicial se enfrenta a casos que generan gran indignación nacional, como el de la bomba accionada en el Club el Nogal o el gran caso de corrupción nacional, conocido como el Carrusel de la Contratación, y en el que intervinieron importantes dirigentes políticos, servidores públicos del más alto nivel, prestantes empresarios, entre muchos otros. En estas ocasiones, el discurso que se maneja cuando se hace el planteamiento general sobre la naturaleza, alcance y consecuencias de la prueba ilícita ya no parece aplicarse con todo rigor y, por el contrario, se acude de manera excesiva a una técnica formalista para la proposición y desarrollo de los recursos legales, como ocurre por ejemplo con el recurso extraordinario de casación.

La práctica judicial impone muchos retos que no son para nada irrelevantes, debido a los numerosos factores que confluyen y que comienzan desde la naturaleza y complejidad de cada asunto, la gravedad del delito investigado, la forma como se comportan las partes dentro del proceso, las mismas calidades del funcionario judicial, entre muchos otros aspectos; no obstante, todas estas consideraciones parecen ajenas a la evaluación que debe hacerse en un caso concreto acerca de si una prueba específica puede calificarse de ilícita o ilegal. No se pretende exigir una

actividad mecánica de simple verificación de ciertos presupuestos y la aplicación inmediata de las consecuencias procesales que le serían propias, sin embargo, podemos entender que frente a ciertos institutos la carga valorativa puede ser mayor como ocurre, por ejemplo, con la valoración de la necesidad de una medida de aseguramiento o el otorgamiento de algún subrogado penal, pero este tipo de peticiones –la exclusión de una prueba ilícita- no debería involucrar el análisis de todos estos elementos subjetivos, por lo que la decisión no debería ser en extremo difícil de adoptar.

No obstante lo anterior, en la práctica sí parece serlo, y las decisiones, más que una respuesta imparcial y desapasionada sobre la actividad probatoria, terminan siendo una defensa acérrima y genérica de la labor de los funcionarios de policía judicial o del trabajo desarrollado por el órgano acusador, que un análisis preciso de la prueba que se somete a su conocimiento.

El recorrido para llegar al estudio de nuestra jurisprudencia nacional no puede ser tomado a la ligera y por eso se hizo el esfuerzo de analizar algunos antecedentes básicos sobre la prueba ilícita, su inclusión y tratamiento en otras legislaciones que pueden servir de parámetro o explicación para algunas de las posturas que asume la Corte Suprema de Justicia, así como su sustento constitucional. Es por esto que podría formularse la siguiente pregunta, como guía que conduzca el presente trabajo, así: ¿Cuál es el desarrollo del concepto de prueba ilícita en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y, una vez conocido lo anterior, cuál es la verdadera aplicación de su concepto y presupuestos básicos en la solución de un caso concreto?.

La hipótesis inicial de trabajo que podemos plantear en este momento incipiente es que la Corte Suprema de Justicia, a pesar de reconocer la importancia y utilidad de la prueba ilícita y sus derivadas, así como su papel de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas vinculadas dentro de una actuación penal, su tratamiento en los últimos cinco años no ha sido consistente, no obstante que las previsiones probatorias constituyen una de las manifestaciones principales del debido proceso, así como también de otros principios constitucionales y derechos fundamentales, como se verá más adelante.

Todas estas inquietudes que surgen acerca de la respuesta que en concreto ofrecen las autoridades judiciales frente a las solicitudes de exclusión o de nulidad derivadas de la existencia de una prueba ilícita, nos sirven para hacer una útil comparación entre los desarrollos teóricos de este tema, pasando por su origen, concepto, clasificaciones doctrinarias, evolución y justificación filosófica y jurídica, con las sentencias o autos dictados por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en los que se conoce alguna petición relacionada con la prueba ilícita o ilegal, sea en procesos de única instancia o en sede de segunda instancia o casación, con el fin de establecer la posibilidad que tiene esta clase de pedimento de prosperar ante alguna instancia judicial y cuál es la verdadera aplicación que tienen todos esos postulados básicos al momento de resolver un caso específico.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede definir como objetivo general el siguiente: *Determinar cuál es el desarrollo del concepto de prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano y contrastar esos postulados teóricos con la solución concreta que se ofrece al momento de abordar un problema jurídico específico de prueba ilícita, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.* Y como objetivos específicos los siguientes: 1- *Analizar el desarrollo del concepto de prueba ilícita en Colombia a partir de la jurisprudencia establecida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los últimos cinco años.* 2- *Verificar los presupuestos filosóficos y jurídicos de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de comprender el sustento de la regla de exclusión y su aplicación en casos concretos.* 3- *Elaborar un documento actualizado sobre el concepto de prueba ilícita en Colombia, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.*

El método que se utilizará para el desarrollo de esta investigación es el análisis de textos académicos y decisiones jurisprudenciales, por lo que concretamente se abordó el estudio de las decisiones judiciales proferidas por la máxima autoridad de la jurisdicción penal ordinaria, sea que se trataran de sentencias de única instancia, de apelación, sentencias de casación o autos donde se analiza la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de casación. Las providencias que se revisaron fueron las publicadas y clasificadas por la Relatoría de la Corte Suprema de Justicia a finales del año pasado y a partir de ellas se buscó comparar los

planteamientos teóricos expuestos por esta Alta Corporación con los casos concretos que llegaban, fuera en sede de casación, de única o segunda instancia.

En coherencia con lo anterior, en el primer capítulo se definieron los fundamentos teóricos de esta figura, en el segundo capítulo su finalidad constitucional y su relación con otros principios y derechos fundamentales y, con estas bases conceptuales, en el tercer capítulo se quiere realizar un análisis crítico de las providencias estudiadas con el propósito de establecer la verdadera aplicación de esta figura cuando la administración de justicia se enfrenta a la solución de un caso concreto de exclusión o nulidad y cuál es la respuesta otorgada concretamente por la Corte Suprema para decidir en uno u otro sentido. Además de hacer un rastreo de las decisiones proferidas recientemente a propósito de la prueba ilícita y reseñar los presupuestos básicos de la prueba ilícita, lo que se busca determinar es cuál su verdadero nivel de aplicación y alcance al momento de solucionar un caso concreto, es decir, si la importante finalidad constitucional adscrita a este instituto se ve reflejada cuando se aborda un planteamiento de exclusión o nulidad en concreto y eso se intentará plasmar en el capítulo tercero.

Atendiendo los presupuestos anteriores, se realizará un análisis crítico acerca, en general, del tratamiento jurídico de la prueba ilícita y a partir del cual se intentará resolver el interrogante planteado atrás. Adicionalmente, se hará referencia a Doctrina especializada sobre la prueba ilícita expuesta en otros países como Alemania, España e Italia, la cual en muchas ocasiones puede constituir un referente valioso al momento de revisar el proceso de formación o construcción o adaptación de alguna figura o instituto en nuestro ordenamiento jurídico, para después aterrizar ésta cuestión en nuestro sistema nacional; para esta tarea se siguieron los criterios de elaboración de un análisis desde el método comparado, tal como es explicado por la Doctora Gloria Moran, por lo que el primer criterio de selección o primer ítem fija su atención en la consideración de que en los tres países mencionados se encuentra un desarrollo avanzado sobre el concepto de prueba ilícita que ha sido expuesto por autores de gran reconocimiento en el ámbito del Derecho Penal, entre ellos el profesor CLAUS ROXIN, y que en alguna medida han sido recogidos y adaptados a las particularidades propias de nuestro sistema jurídico.

Como segundo ítem de desarrollo se hizo la descripción de las características más relevantes del ordenamiento jurídico de los anteriores países, sin embargo, como el propósito no es hacer una exposición exhaustiva de sus disposiciones jurídicas sino una ilustración que nos permita entender el tratamiento dado a la prueba ilícita en nuestro país, se destacaron las generalidades más importantes de estos tres sistemas que la mayor de las veces sirven de referencia en Colombia.

Bajos los anteriores temas y derroteros, se ahondará sobre el alcance constitucional y legal de la prueba ilícita en el sistema jurídico Colombiano a través de los siguientes tres capítulos sobre Aproximación al concepto de la prueba ilícita, aspectos constitucionales y análisis del diseño constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los últimos cinco años.

CAPÍTULO I.

APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

1.1 Concepto de Prueba Ilícita en los Diferentes Sistemas Jurídicos.

A través del proceso penal se persigue el cumplimiento de diversos propósitos estatales como la realización de la justicia o la protección efectiva de derechos fundamentales y es por ello que no resulta indiferente la forma como se construye la verdad, por lo menos en un modelo democrático de Estado¹. (Urbano, 2006, p. 269.)

En consecuencia, la actividad probatoria no es un procedimiento mecánico de incorporación de medios de convicción que aparentemente puedan contribuir eficientemente al esclarecimiento de los hechos objeto de una investigación y, más aún, de la identificación y judicialización de un responsable penalmente, sino un verdadero proceso dialéctico en el que la discusión, argumentación y contradicción debe hacerse siempre en respeto de las garantías sustanciales de los sujetos procesales y, en particular, de las garantías de aquel contra quien pretende aducirse una prueba.

Las reformas y continua evolución que sufre cualquier sistema procesal tienen una necesaria incidencia en el régimen probatorio y, por supuesto, sobre la prueba ilícita, entendida por ahora como la negación o desconocimiento de aquellas garantías sustanciales o presupuestos normativos en la producción, incorporación, práctica y análisis de un medio probatorio. Es por esta razón que no se trata de un concepto estático, más si se tiene en cuenta lo sostenido por el profesor José Joaquín Urbano: “el proceso penal y su régimen probatorio guardan

¹ “En un modelo autoritario la persona humana es un medio para la realización de otros fines estatales o sociales y como tal puede instrumentalizarse en procura de tales fines. De allí que en el proceso la consecución de la verdad, como presupuesto para la realización de la justicia, constituya un fin que se puede conseguir a cualquier precio, incluida la cosificación del ser humano. Este no es más que una materia moldeable en manos del poder. Por el contrario, en un modelo democrático la persona humana rescata su valía, se impone como un fin en sí misma y es en procura de ella, de su dignidad y de sus derechos fundamentales, que la sociedad y el Estado se instrumentalizan. En un tal contexto, la búsqueda de la verdad histórica dentro de un proceso, si bien sigue siendo el presupuesto para la emisión de una decisión justa, ya no es algo que se puede conseguir a cualquier precio, pues en su búsqueda se deben respetar unas barreras que al poder político le resultan infranqueables”.

correspondencia con el modelo de Estado vigente en una sociedad determinada”. (Urbano, 2006, p. 272)

En el contexto continental europeo, una referencia inicial acerca de la prueba ilícita se tiene en el derecho alemán en el cual frecuentemente se emplea la expresión de ‘prohibiciones probatorias’, que fue acuñada por Ernest Beling a principios del siglo XX y fue expuesta por primera vez en una conferencia inaugural y desarrollada en su trabajo titulado “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el Proceso Penal” (Beling; Ambos & Guerrero, 2009) (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*), con la cual se alude a la existencia de ciertos límites “en la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual”. (Beling, *et. al.*, 2009, p. 59.)

El profesor Juan Luis Gómez Colomer (1985), indica que tanto la expresión alemana, ‘Beweisverbote’, como su traducción, ‘prueba prohibida’, son incorrectas, sea porque, en cuanto a la primera denominación, no es “propiciadora de unidad terminológica”, y en cuanto a la segunda, dado que “la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a <<prohibiciones>> de pruebas, dado que existen varios supuestos y no uno sólo”. (p. 133)

Según Beling, la prohibición de prueba “introduce en el derecho probatorio un elemento externo al no permitir posibilidad alguna de que se prueben los hechos de cierta forma (...) y no pueden ser la creación de un impulso caprichoso o de un arbitrio tiránico”. (Beling, *et. al.*, 2009, p. 7 y 9.)

Ahora bien, dentro de las distintas hipótesis de ‘prohibiciones de prueba’, que se presentan como límites al principio de averiguación de la verdad, BELING distingue las prohibiciones absolutas de las relativas, que las explica así: “(...) en el derecho actual existen este tipo de restricciones “creadas por el mismo Estado y autoimpuestas”. Yo las denomino *prohibiciones de prueba* y entiendo con este término normas jurídicas que o prescriben dejar de lado un determinado hecho (prohibiciones de prueba absolutas) o declaran inadmisibles ciertos medios de prueba (prohibiciones de prueba relativas)” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 5.) . Dentro de estas

últimas se encuentra un primer grupo que se explica por el “interés superior del Estado” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 9.); “la segunda clase de prohibiciones está arraigada en un privilegio de la jefatura del Estado que siendo monárquica cubre al jefe de Estado y los miembros de su familia” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 14.) ; un tercer grupo están “relacionadas con la persona del *inculpado*, pero también con la persona del *testigo*” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 16.) ; un cuarto grupo proviene “de las relaciones de parentesco” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 21.); el quinto grupo “ampara a ciertas personas cuyas bocas están cerradas por un deber de confidencialidad” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 25.) y un último grupo “procede de la inviolabilidad que actualmente le está garantizada a la *propiedad privada*”. (Beling, *et. al.*, 2009, p. 33.)

Tanto las prohibiciones de prueba absolutas como las relativas, según la concepción de BELING, tienen carácter imperativo” (Guariglia, 2005, p. 8.) y “son limitaciones *autoimpuestas* al conocimiento” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 6.) y es por ello que este medio de prueba no podría ser admitido o incorporado al proceso y de haber sucedido no podría ser valorado y de no haberse excluido antes de la expedición de la sentencia podría ser atacada por esta misma razón.

Igualmente, a partir del trabajo de Beling, la dogmática procesal alemana aún continúa exponiendo una clasificación acogida por muchos y cuestionada por otros, que distingue entre prohibiciones de temas de prueba, la cual opera frente a ciertos hechos que no pueden ser objeto de ninguna actividad probatoria; prohibiciones de medios de prueba, que hace inadmisibles procesalmente determinado medio probatorio; y prohibiciones de métodos de prueba, que impide utilizar aquellas pruebas que han sido obtenidas de determinada forma, es decir, con el empleo de ciertos métodos que se encuentran proscritos (Maier, 1999, p. 136.). Actualmente, todos estos casos son agrupados bajo el título de “prohibiciones de recolección de prueba”, que se suman a otros que se encuentran clasificados bajo la categoría de “prohibiciones de valoración probatoria”.

Todos estos límites al principio de averiguación de la verdad constituyen una manifestación propia de un modelo estatal –Estado de derecho- en el que el individuo y sus derechos fundamentales ocupan un lugar importante dentro de su estructura y organización, por lo que cualquier actuación pública debe ser razonable, consultar un fin legítimo y debe respetar los

derechos de los individuos que puedan verse afectados con su determinación (Bernal, 2008, p. 69). Bajo este esquema y la posición que ocupa el individuo frente al ordenamiento jurídico, “El inculcado es sujeto activo y no simplemente objeto del proceso penal, su libertad de decisión y de acción son intangibles e invulnerables, razón por la cual de ninguna manera deben ser objeto de menoscabo o de manipulación”. (Beling, *et. al.*, 2009, p. 60)

Es importante mencionar que inicialmente con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1877 Alemana, no se consideró necesario incluir una norma en la que expresamente se contemplara alguna prohibición, por ejemplo, para la utilización de ciertos métodos de prueba, por cuanto se pensaba que la posición del individuo dentro del ordenamiento jurídico y la consiguiente protección de sus derechos fundamentales era una idea muy clara, que parecía evidente frente al conjunto de derechos y medidas dirigidas a garantizar su real ejercicio, no obstante, debido a las “experiencias con el Derecho Penal Nacional socialista, sobre todo en lo referente a su desprecio de la autonomía de la libre determinación del individuo” (Beling, *et. al.*, 2009, p. 63-64), se estimó necesaria su reforma en 1950 para así prever una fórmula normativa en la que directamente se reconociera estas garantías sustanciales.

De todas maneras, a pesar que en Alemania no son abundantes las referencias normativas expresas acerca de las prohibiciones de prueba, este tema se apoya básicamente en el derecho positivo común (Maier, 1999, p. 137) y es por ello que generalmente el sustento para predicar la existencia de una prohibición probatoria no se suele encontrar en la vigencia de los derechos fundamentales o garantías procesales del investigado.

En coherencia con lo anterior, el artículo §136^a de la ley procesal penal alemana consagra una prohibición para la utilización de un determinado método probatorio, como sería la utilización de algún mecanismo que vicie la libertad del individuo interrogado. Así se establece:

(1) No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculcado, por malos tratos, agotamiento, y violencias corporales, administración de fármacos por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coerción tan sólo cuando el Derecho Procesal Penal lo admita. Estarán prohibidas la

amenaza con una medida inadmisible según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la Ley.

(2) Las medidas que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión del inculcado no se permitirán.

(3) La prohibición de los apartados (1) y (2) regirá independientemente del consentimiento del inculcado. Las declaraciones que se hubieran producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculcado aprobara su utilización. (Gómez, 1985, p. 321)

Es por ello que, dado el fuerte apoyo que tienen las prohibiciones probatorias en la normatividad legal, se consideró un hito la sentencia del Tribunal Supremo Federal de febrero de 1992 (BGHSt 38,214), al marcar una nueva postura y desarrollo de la jurisprudencia acerca de este tema, toda vez que estableció una prohibición de valorar todas las afirmaciones realizadas por el imputado ante la Policía sin que se le hubiera advertido previamente el derecho que tiene de guardar silencio, encontrando sustento en “la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso”. (Maier, 1999, p. 137)

Cabe destacar que el parágrafo 136 del Código Procesal Alemán dispone que todo sujeto ‘es libre de declarar o no sobre el objeto de la causa’.

En un principio, la jurisprudencia alemana admitía considerar el silencio del inculcado como un indicio de su culpabilidad (BGHSt 1, 366). Pero, con razón, hoy es de la opinión de que el principio del *fair trial* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado. Esto vale, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto (...) La jurisprudencia alemana admite sólo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298). (Roxin, 2000, p. 115)

De manera similar, en Italia, Florián concibe estos casos como “*limitaciones* al principio de la *libertad probatoria* en material penal: todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba. Existen, sin embargo, *limitaciones absolutas*, que se refieren al objeto de prueba (*thema probationis*) y *limitaciones relativas*, que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido en él la valoración de la prueba”. (Maier, 1999, p. 136)

En España, sólo hasta julio de 1985, con la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), existió una referencia normativa expresa acerca de la prueba ilícita. Si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 supuso un cambio importante y transcendental en la legislación procesal penal al consagrar un plexo de derechos y garantías sustanciales del procesado que eran coherentes con la estructura e ideología del Estado Moderno, producto del clima político que para ese momento imperaba en Europa después de la revolución francesa, no había ninguna previsión o alusión acerca de la licitud de la fuente de la prueba o la forma como debía obtenerse un medio probatorio que pretendía incorporarse al proceso penal. Y esto parece lógico dado que los primeros desarrollos se ubican a inicios del siglo XX, por ejemplo con Ernest Beling como se indicó anteriormente o en Estados Unidos con algunas decisiones de la Corte Suprema.

El artículo 11 de la LOPJ establece lo siguiente: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. **No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales**”. (Subrayas ajenas al texto).

A pesar de las críticas que su redacción escueta y sencilla generó, “algo posiblemente inevitable en una norma aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales”(González, 2005), constituyó un avance importante en términos de seguridad jurídica y, en particular, de protección de derechos fundamentales, toda vez que “En la esfera estrictamente penal, el silencio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal provocaba un tratamiento desigual de la cuestión por los órganos jurisdiccionales, que en no pocas ocasiones forzaban el tenor del artículo 659, pár. I de la Ley para inadmitir la prueba ilícitamente obtenida, aun sin el debido soporte legal para ello”. (González, 2005)

Con anterioridad a esta disposición sólo se tiene noticia de “una propuesta de regulación de la prueba ilícita en un Anteproyecto de Reforma de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, gracias al trabajo desarrollado por unos profesores españoles de Derecho procesal, titulado Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Cuyo artículo 549, pár. 1, decía lo siguiente: "El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleado procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona". (González, 2005)

Pero tampoco el origen de la norma de la LOPJ parece estar en la Constitución Española, al no preverse expresamente ninguna prohibición acerca del empleo de una prueba ilícita y tampoco, como lo sostuvo el Tribunal Constitucional, “**existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico**”. (T.C.E. Sentencia N° 114 de noviembre 29 de 1984)

Fue precisamente esta sentencia, No 114 de 1984, respecto de la cual algunos autores sostienen que inspiró la redacción del artículo 11 de la LOPJ (Martínez, 2003, p. 1) y por ello constituye “el origen de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas” (Martínez, 2003, p. 21); y fue a partir de esta sentencia que la jurisprudencia encontró sustento normativo para la regla de exclusión en los derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia².

Debe recordarse que la LOPJ es aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, por ello no parece extraño encontrar el origen de la regla de exclusión, incluyendo el ámbito penal, en una sentencia que resuelve una discusión de naturaleza laboral.

En este fallo se resuelve el recurso de amparo presentado contra las sentencias proferidas por la Magistratura de Trabajo No 4 de Alicante y la Sala Sexta del Tribunal Supremo que

² Que establece lo siguiente: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **a utilizar los medios de prueba pertinentes** para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y **a la presunción de inocencia**”. (Destacado nuestro).

declararon procedente el despido del actor por infracción a las obligaciones de lealtad y buena fe, al considerar –el recurrente- que se había violado su derecho al secreto de las comunicaciones, toda vez que en el proceso laboral se consideró como prueba “un instrumento ilegítimamente obtenido (...) como fue la grabación fonográfica de la conversación por él mantenida, el 14 de septiembre de 1982, con quien ocupaba entonces el cargo de Consejero Técnico del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones”. (T.C.E. Sentencia N° 114 de noviembre 29 de 1984)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional denegó finalmente el recurso de amparo con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

2. En el caso aquí planteado, lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que **no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico (...)** **Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental (...)** **No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita (...)** **No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador,** sobre la base del art. 566 de la L. E. C., **por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención (...)** **El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido”.** (Destacado ajeno al texto). (T.C.E. Sentencia N° 114 de noviembre 29 de 1984)

Esta sentencia es de gran importancia dado que constituye un cambio de postura frente a este tema; en esta misma decisión se reconoce que recursos de amparo anteriores habían sido inadmitidos, a pesar que en ellos también se discutía la utilización de medios probatorios ilícitos como fundamento de ciertas decisiones judiciales, sólo que se justificó su inadmisión por la indebida proposición de los recursos al no haberse conectado las alegadas irregularidades procesales con la violación de algún derecho fundamental, caso distinto del que aquí se discutía al haberse invocado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el empleo de una grabación ilícitamente obtenida.

Si bien en este nuevo pronunciamiento no se aborda ni se resuelve el problema del tratamiento procesal de la prueba ilícita, al resultar un tema ajeno a la naturaleza y finalidad del recurso de amparo, si sienta una base importante que contribuyó en los posteriores desarrollos tanto legales (LOPJ) como jurisprudenciales (hasta llegar a la STC 81/98 que también es considerada una sentencia hito) sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita.

En esta sentencia se reconoce que no existe una disposición que expresamente prevea la prohibición de la prueba ilícita, sin embargo esto no significa que sea admisible, debido a la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento español, al calificarlos, según el artículo 10.1 de inviolables³; es importante precisar que el Tribunal entiende que una prueba es ilícita cuando se ha violado un derecho o una libertad fundamental. Pero el hecho que se alegue dentro del proceso que una prueba ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales no implica, de manera automática, que el asunto tenga relevancia constitucional toda vez que debe apreciarse una relación entre el principio de inadmisibilidad de aquellas pruebas con un derecho o libertad que resulta afectado por su introducción y que a su vez sea susceptibles de protección a través de la vía constitucional; afectación que implica el desconocimiento de las garantías .

³ “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Es por lo anterior que se sostiene que el derecho a la utilización de los medios de pruebas pertinentes incorpora también un alcance “sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido”.

Y a partir de esta sentencia, la jurisprudencia continuó sustentando la regla de exclusión de la prueba ilícita en los derechos a utilizar las pruebas pertinentes y la presunción de inocencia, conllevando a que se inadmitiera las pruebas –ilícitas- tanto directas como las derivadas.

El profesor Jesús María González (2005), sostiene que si bien dentro de la Constitución Española de 1978 se consagran algunas actuaciones que se consideran contrarias a importantes garantías fundamentales como “la entrada y registro en el domicilio sin autorización del propietario o del juez, salvo en caso de delito flagrante -artículo 18.2-” o “la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas -artículo 18.3- sin autorización judicial”, no existe una previsión expresa acerca de la necesidad de emplear o incorporar sólo pruebas obtenidas a través de medios lícitos y tampoco el sustento o fundamento normativo para la prohibición de utilización de pruebas ilícitas parece encontrarse ni en el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁴, ni en el derecho a los medios de prueba pertinentes⁵ (González, 2005), pero sí, al resultar más coherente, con los derechos al proceso público con todas las garantías y a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, todos ellos recogidos en el artículo 24, numerales 1 y 2 de la Constitución.

En coherencia con lo anterior, en la Sentencia No 81 de abril 2 de 1998 se sostiene que “la presunción de inocencia deja de ser canon de validez de las pruebas y pretende restringir su sentido a su única razón de ser, a saber, una regla de juicio que impone una presunción *iuris tantum* de ser considerado inocente mientras que no exista prueba de cargo suficiente para ser

⁴ “La presunción de inocencia no es sino una garantía del acusado de acuerdo con la cual solo podrá ser condenado en virtud de la práctica en el proceso de una actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuarla y, que le exime, además, de la carga de demostrar su inocencia. Es evidente que la suficiencia de la prueba -a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia-requiere que su obtención se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo, como luego se verá, no podrá surtir efectos dentro del proceso. Ahora bien, ello no debe conducir a entender que el fundamento de las restricciones a los medios de obtención de pruebas sea precisamente el derecho a la presunción de inocencia”.

⁵ “la licitud o ilicitud de la fuente de prueba nada tienen que ver con la relación material de dicha prueba con los hechos que se discuten y que son objeto de la prueba”.

condenado” (Martínez, 2003, p. 22) y ahora la fundamentación para la regla de exclusión se encontró en el derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que resultaba más coherente con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y supuso a su vez una ‘reordenación de los derechos y garantías procesales consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española’ (Martínez, 2003, p. 22). Esto conlleva a que la exclusión de las pruebas derivadas no operara de manera inmediata sino sólo cuando tuviera “una clara relación directa con esa otra obtenida con violación de un derecho fundamental”. (Martínez, 2003, p. 22)

Alejándonos del derecho continental europeo, algunos autores consideran que “el origen de la teoría de la prueba ilícita hay que buscarlo en el Derecho anglosajón en las postrimerías del siglo XIX” (Chozas, 2006. Citado por Delgadillo, 2007, p. 79.) y otros, sin ser tan categóricos, resaltan la influencia del sistema jurídico norteamericano en distintos ordenamientos jurídicos, como sería el caso español, a pesar de sus notorias diferencias frente a su estructura política o la naturaleza de ciertas autoridades jurisdiccionales; a pesar de ello, se han llegado a soluciones similares sólo que a través de distintas vías, en razón, precisamente, de las particularidades de cada régimen normativo⁶. (Martínez, 2003, p. 63-64)

Una de las primeras sentencias que se asocia con el origen de la regla de exclusión de pruebas ilícitas, la cual incluso podría concebirse como una regla absoluta al prohibirse la utilización de cualquier prueba obtenida ilícitamente, es la conocida como *Boyd vs United States* (116 US 616 1886) que analiza la reclamación presentada respecto de unos bienes incautados y en la que se alega que su confiscación no había sido realizada de la manera y forma como había sido indicada por las autoridades. El Fiscal de Distrito de los Estados Unidos ante el Tribunal de Distrito –para el Distrito Sur de New York- presentó en julio de 1884 su causa de incautación y

⁶ En este sentido explica MARTÍNEZ, “Tradicionalmente nuestra Doctrina ha optado por negar relación alguna entre la garantía procesal que se creó en España y la existente en aquel momento en el modelo norteamericano. Son muy variados los factores que parecen apuntar en esa dirección, pues ni nuestro modelo de unidad jurisdiccional se corresponde con el modelo político basado en una doble estructura federal y estatal, ni nuestro personal jurisdiccional se configura a partir de una carrera política, ni tampoco el Ministerio Fiscal ejerce el monopolio de la acción penal, al igual que parecen inconfundibles los sistemas de jurisdicción concentrada y difusa. Todo ello hace irreconciliables estos dos sistemas jurisdiccionales y nos induce a pensar que nuestro Alto Tribunal no pretendió en 1984 copiar el sistema americano. Según se comprobará, sin embargo, existe una extraordinaria similitud entre los casos y la doctrina que ha ido elaborando la jurisprudencia norteamericana y la española, así como en su evolución. Es muy probable que aún queriendo dar una justificación distinta a las decisiones de estos tribunales, hayamos llegado al mismo punto, pero por la razón de que la casuística es en materia penal muy similar en cualquier sistema procesal penal de la índole que fuere”.

decomiso de bienes en 35 casos de importación de placas de vidrio, de acuerdo con lo dispuesto en la sección 12 de la ‘Ley para enmendar las leyes de rentas de aduanas y eliminar los restos’ de junio 22 de 1874, según la cual cualquier propietario, importador, consignatario o cualquier otro que con la intención de defraudar las rentas, ingrese o intente ingresar mercancías importadas a través de cualquier factura fraudulenta o falsa, declaración jurada, carta o papel, o por medio de cualquier declaración falsa, escrita o verbal, o quien sea responsable de cualquier acto u omisión intencional por medio del cual los Estados Unidos pueda verse privado de las funciones legales, o de cualquier parte de ellas, procedentes de la mercancía o de cualquier parte de la misma, aceptadas o referidas en dicha factura, declaración jurada, carta, papel o una declaración o afectada por esa acción u omisión, será multado por cada delito en una suma que no exceda de \$ 5,000 ni menos de \$ 50 o será encarcelado por cualquier tiempo no superior a dos años, o ambos; y además de dicha multa, se perderá dicha mercancía.

Dentro del juicio el Fiscal consideró de gran importancia demostrar la cantidad y valor de las placas de vidrio y para ello utilizó la orden dictada por el Juez de Distrito conforme a la sección 5 de la ley indicada anteriormente, que obligaba a los reclamantes de la mercancía a generar la respectiva factura por 29 casos de importación realizados anteriormente, la cual efectivamente fue generada por estos últimos y a su vez fue empleada y aducida por el Fiscal de Distrito en su contra.

La Suprema Corte inicialmente señala que no sólo el ingreso a un lugar para la búsqueda e incautación de documentos constituye una búsqueda e incautación irrazonable de acuerdo con el sentido de la Cuarta Enmienda, también la producción obligatoria de libros o papeles privados en su contra o de sus bienes en el curso de un procedimiento criminal o de un trámite de confiscación se encuentra dentro del espíritu y significado de esta Enmienda. Y sostiene, en términos generales y en lo que nos interesa, lo siguiente:

El decomiso o producción obligatoria de los documentos privados de un hombre, para ser usados como evidencia en su contra es equivalente a obligarlo a testificar contra si mismo y, en proceso por un crimen, multa o decomiso, está igualmente dentro de la prohibición de la Quinta enmienda.

Ambas enmiendas se relacionan con la seguridad personal del ciudadano. Ellas casi se encuentran, y mutuamente arrojan luz sobre la otra. Cuando la cosa prohibida por la quinta enmienda, en concreto, obligar a un hombre a testificar contra sí mismo, es el objeto de la búsqueda y decomiso de sus documentos privados, es una "búsqueda y decomiso no razonable" dentro de la Cuarta Enmienda⁷. (S.C.E.U. Sentencia *Boyd Vs United States*. 116 U.S 616 - 1886)

Como se advierte de lo anterior, la exclusión de esta prueba se sustentó en la Cuarta –‘el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros e incautaciones irrazonables no será violado y no se expedirán órdenes, a menos que exista una causa probable, apoyada por juramento o declaración que describan particularmente el lugar a buscar y las personas o cosas a ser incautadas’- y Quinta Enmienda –que establece, entre otros derechos, el de no ser obligado, en cualquier caso criminal, a declarar contra sí mismo-.

Dentro de este período también se destaca la sentencia *Weeks vs United States* de febrero 24 de 1914⁸ (citado por: Guerrero, 2011, p. 421). Aquí se analiza el caso de un acusado que fue

⁷ Traducción libre del autor. El texto original y completo –aunque en relación con este acápite- en inglés es el siguiente: “The 6th section of the act of June 22, 1874, entitled "An act to amend the customs revenue laws," &c., which section authorizes a court of the United States, in revenue cases, on motion of the government attorney, to require the defendant or claimant to produce in court his private books, invoice and papers, or else the allegations of the attorney to be taken as confessed: *Held*, to be unconstitutional and void as applied to suits for penalties or to establish a forfeiture of the party's goods, as being repugnant to the Fourth and Fifth Amendments of the Constitution (...) It does not require actual entry upon premises and search for and seizure of papers to constitute an unreasonable search and seizure within the meaning of the Fourth Amendment; a compulsory production of a party's private books and papers to be used against himself or his property in a criminal or penal proceeding, or for a forfeiture, is within the spirit and meaning of the Amendment (...) A proceeding to forfeit a person's goods for an offence against the laws, though civil in form, and whether *in rem* or *in personam*, is a "criminal case" within the meaning of that part of the Fifth Amendment which declares that no person "shall be compelled, in any criminal case, to be a witness against himself." The seizure or compulsory production of a man's private papers to be used in evidence against him is equivalent to compelling him to be a witness against himself, and, in a prosecution for a crime, penalty or forfeiture, is equally within the prohibition of the Fifth Amendment. Both amendments relate to the personal security of the citizen. They nearly run into, and mutually throw light upon, each other. When the thing forbidden in the Fifth Amendment, namely, compelling a man to be a witness against himself, is the object of a search and seizure of his private papers, it is an "unreasonable search and seizure" within the Fourth Amendment. Search and seizure of a man's private paper to be used in evidence for the purpose of convicting him of a crime, recovering a penalty, or of forfeiting his property is totally different from the search and seizure of stolen goods, dutiable articles on which the duties have not been paid, and the like, which rightfully belong to the custody of the law”.

⁸ En relación con esta decisión, el profesor OSCAR JULIÁN GUERRERO sostiene lo siguiente: “Los autores especializados destacan de la sentencia *Weeks vs. United States* de 1914 que allí se aprecia un cambio de óptica sobre los materiales probatorios ilícitos y la consecuencia de exclusión del proceso, debido a que si no se abstraían de la actuación penal las garantías constitucionales quedarían degradadas a ser “*flatus vocis*”, simples palabras, sin ninguna efectividad.

detenido por un agente de policía, dentro de un programa de registro pero sin orden judicial, en la estación de la unión en Kansas City, Missouri, donde trabajaba en una compañía. Otros policías se desplazaron hasta la residencia del acusado y después de ser informados por un vecino acerca del sitio donde guardaba la llave, la encontraron e ingresaron a su casa, en la que registraron su habitación y tomaron varios documentos y artículos que posteriormente le fueron entregados al Mariscal de Estados Unidos. Más tarde, ese mismo día, agentes de la policía regresaron con el Mariscal, quien pensó que podría encontrar pruebas adicionales y después de permitirle su ingreso por alguna persona que se encontraba en la casa, probablemente un huésped, buscó nuevamente en su habitación y se llevó unas cartas que encontró en un cajón. Se destaca que ni el mariscal ni la policía tenían una orden de allanamiento.

Algunas consideraciones que se destacan de esta sentencia son las siguientes:

Las cortes federales no pueden, contra una solicitud razonable de su devolución, en un proceso criminal, retener para el propósito de evidencia contra el acusado sus cartas y correspondencia, obtenidas de su casa durante su ausencia y sin su autorización por un oficial de los EEUU sin una orden de arresto o de búsqueda de su establecimiento.

Si las cartas y documentos privados pueden ser de esta forma recopilados, almacenados y usados como evidencia contra un ciudadano acusado de una ofensa, la protección de la Cuarta Enmienda, declarando su derecho a asegurarse contra estas búsquedas y decomisos, no tiene valor, en cuanto a atañe a quienes se encuentran en esta situación, y bien podría eliminarse la constitución.

Los esfuerzos de las Cortes y de sus oficiales de castigar a los culpables, tan dignos de halagos como son, no deben socorrerse del sacrificio de todos aquellos grandes principios establecidos por años de labor y sufrimiento que han resultado en su consignación como ley fundamental del territorio. El oficial de los EEUU solo podría haber invadido la casa del acusado armado con una orden judicial emitida como lo requiere la Constitución, con información jurada y describiendo con una particularidad razonable la cosa sobre la que se debe realizar la búsqueda⁹. (S.C.E.U. Sentencia Boyd Vs United States. 116 U.S 616 - 1886)

⁹ Traducción libre del autor. El texto original en inglés es el siguiente: The Federal courts cannot, as against a seasonable application for their return, in a criminal prosecution, retain for the purposes of evidence against the

La profesora Elena Martínez García explica que la regla de exclusión prevista en esta Sentencia sólo era predicable respecto de las actuaciones federales y no estatales y por ello se fue construyendo la “*cooperation doctrine*” (sentencia *Byars vs Us* de 1927) según la cual la exclusión también podía operar cuando la ilicitud surgiera de una actuación conjunta de agentes federales y estatales. Sólo hasta el caso *Rochin Vs California* (1952) y posteriormente confirmada en 1961 con la sentencia *Mapp vs Ohio*¹⁰ (Guerrero, 2011, p. 421-422) se consideró que la regla de exclusión debía aplicarse integralmente en todos los Estados con fundamento en la decimocuarta enmienda (Martínez, 2003, p. 66) , según la cual, entre otros apartes, ‘Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni hacer cumplir cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá algún Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes’¹¹.

accused his letters and correspondence seized in his house during his absence and without his authority by a United States marshal holding no warrant for his arrest or for the search of his premises. If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the Fourth Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution. The efforts of the courts and their officials to bring the guilty to punishment, praiseworthy as they are, are not to be aided by the sacrifice of those great principles established by years of endeavor and suffering which have resulted in their embodiment in the fundamental law of the land. The United States marshal could only have invaded the house of the accused when armed with a warrant issued as required by the Constitution, upon sworn information, and describing with reasonable particularity the thing for which the search was to be made.

¹⁰ ... un año más tarde (1961) la Corte sostuvo la aplicación extendida de la regla de exclusión para todos los tribunales en la famosa decisión *MAPP VS OHIO*. El renombrado caso de la señora Dolly Mapp se resume en el hecho de que tres oficiales de policía solicitaron el consentimiento de la propietaria para ingresar a su residencia en la búsqueda de un fugitivo que de acuerdo con informaciones anónimas se escondía allí. La propietaria del inmueble se rehusó a permitir el registro y los oficiales tras esperar varias horas la orden judicial de allanamiento decidieron nuevamente solicitar permiso para el registro, pero esta vez, ante la negativa, forzaron la cerradura y rompieron la puerta. La señora Mapp requirió la orden de allanamiento, ante lo cual un oficial expuso una hoja de papel que le fue arrebatada por Mapp y en el forcejeo la propietaria fue arrestada, el registro se realizó y únicamente se encontró material obsceno que sirvió de base para el proceso y condena de la señora Mapp. En esta última decisión la Corte Suprema argumentó que la regla de exclusión era vital para proteger los derechos constitucionales, es decir, la decisión se preocupa por la definición y significado de lo que debe entenderse por un ‘registro no razonable’ además de hacer una serie de aseveraciones importantes frente a la intimidad y privacidad de las personas, debido al delito por el que se había procedido (posesión de material pornográfico).

¹¹ Traducción libre del autor. El texto original en inglés es el siguiente: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the Jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United State; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

En los años siguientes se ha visto una progresiva flexibilización de la regla de exclusión que antes se consideraba absoluta, a partir del uso de distintos conceptos o argumentos, también creados por la jurisprudencia, que han dejado en un segundo plano la protección efectiva de los derechos fundamentales; así, siguiendo cronológicamente algunos mandatos electorales, Martínez García (2003) destaca algunos períodos presidenciales que se han caracterizado por la introducción de nuevos criterios que ponen el acento en la actuación de los funcionarios de policía más que en las garantías del procesado. (p. 67.)

Por ejemplo, durante la etapa Nixon se maneja el criterio del “*balancing test*, donde se pondera tanto el interés del ciudadano en el respeto de sus derechos fundamentales, como el de la sociedad en un intento de acabar con el crimen, lo que conlleva no poder admitir estrictamente la exclusión” (Martínez, 2003, p. 67). En la etapa Reagan se consagra la excepción de buena fe en la que lo importante es que se hubiera actuado, por parte de los agentes estatales, “bajo la creencia razonable de la licitud de la orden, de forma que resulte irreprochable su comportamiento y no exigible su desconfianza de la actuación llevada a cabo por un Juez” (Martínez, 2003, p. 69), de este modo aquí juega un papel importante el efecto disuasorio que pueda tener la exclusión o no de una determinada prueba. Avanzando aún más en el tiempo, en 1995 se expidió la “Exclusionary Rule Reform Act” que constituye “el primer pronunciamiento del Congreso norteamericano sobre la regla de la exclusión, donde se regula como garantía objetiva frente a la actuación policial, pero no como derecho fundamental”. (Martínez, 2003, p. 70.)

Es decir, paulatinamente se han impuesto más límites y excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, lo cual políticamente se ha explicado en la necesidad de conjurar amenazas, en ocasiones presuntas y en otras concretas, a la seguridad y protección de bienes e intereses colectivos, como fue el caso de los atentados del 11 de septiembre, todo lo cual a veces nos hace preguntar si estamos en una etapa regresiva en términos de garantía efectiva de derechos sustanciales.

Para entender mejor esta nueva etapa de desarrollo jurisprudencial de la regla de exclusión, debe hacerse una necesaria contextualización histórica.

Como es sabido, los atentados del 11 de septiembre de 2001 se trataron de cuatro acciones conjuntas planeadas por miembros del grupo yihadista Al Qaeda, dirigidas a atentar contra varios objetivos de gran importancia para Estados Unidos, resultado de las cuales murieron más de tres mil personas y más de seis mil heridos; dos de esos atentados impactaron las torres del World Trade Center, otro se estrelló contra una de las fachadas del Pentágono, en Virginia, y el cuarto aparentemente se desviaría contra el Capitolio, ubicado en la ciudad de Washington, no obstante debido a la intervención de los pasajeros que lograron someter a los ‘terroristas’, el avión se estrelló en un campo abierto, cerca de Shanksville, Pensilvania¹².

De manera casi inmediata, de un lado, el Presidente declaró el 14 de septiembre la situación de emergencia nacional; y, de otro, el Congreso de los Estados Unidos expidió el día 18 de septiembre de 2001 una Resolución Conjunta para “autorizar el uso de la Fuerza Militar contra los responsables de los recientes ataques lanzados contra Estados Unidos” (AUMF por sus siglas en inglés), en la cual se dispuso lo siguiente:

“Considerando que el Presidente tiene autoridad bajo la Constitución para adoptar medidas para disuadir y prevenir los actos de terrorismo internacional en contra de Estados Unidos: Ahora, por lo tanto, sea Resuelto por el Senado y la Cámara de Representantes de la Estados Unidos de América, reunidos en Congreso (...) que el Presidente está autorizado a utilizar toda la fuerza necesaria y apropiada contra aquellas naciones, organizaciones, o personas que él determine que planearon, autorizaron, cometieron, o apoyaron los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001, o albergaron tales organizaciones o personas, con el fin de prevenir futuros actos de terrorismo internacional contra Estados Unidos por tales naciones, organizaciones o personas”¹³.

¹² Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Atentados_del_11_de_septiembre_de_2001.

¹³ Traducción libre del autor. El texto original y completo en inglés es el siguiente: “Whereas, the President has authority under the Constitution to take action to deter and prevent acts of international terrorism against the United States: Now, therefore, be it Resolved by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled (...) That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”. Recuperado de: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>.

Con base en lo anterior, el Presidente adoptó varias medidas como la Orden Ejecutiva No 13224 de septiembre 24 de 2001 mediante la cual se congelaron los bienes, recursos y propiedades de las personas extranjeras enlistadas en su contenido y todas aquellas determinadas por el Secretario de Estado –en consulta con el Secretario de Hacienda y el Fiscal General- o el Secretario de Hacienda –en consulta con el Secretario de Estado y el Fiscal General-, entre otras disposiciones. Igualmente se prohibió la realización de cualquier transacción con personas que hubieran cometido, intentado cometer o apoyado actividades terroristas¹⁴.

También se dictó la Orden Ejecutiva 13234 de noviembre 9 de 2001 mediante la cual se creó una fuerza especial que prepararía a los ciudadanos en sus hogares, barrios, colegios, lugares de culto, sitios de trabajo y espacios públicos acerca de posibles consecuencias de cualquier ataque terrorista dentro de los Estados Unidos¹⁵; y se destaca, así mismo, la Orden No 66 de noviembre 13 de 2001 sobre detención, tratamiento y enjuiciamientos de extranjeros en la guerra contra el terrorismo, en la cual, entre otros apartes, se prevé la creación de comisiones militares que, conforme a los reglamentos y órdenes emitidos por el Secretario de Defensa, juzgarán a los **no** ciudadanos norteamericanos que sean o hayan sido miembros del grupo Al Qaeda; que hayan participado, ayudado, inducido o conspirado para cometer actos de terrorismo internacional o actos preparatorios para la ejecución de los mismos o que han causado, causan o tienen como objetivo causar un daño a Estados Unidos, sus ciudadanos, la seguridad nacional, la política exterior o su economía; o que hayan albergado, de manera consciente, a los individuos descritos anteriormente¹⁶.

Adicionalmente el Congreso, con una contundente mayoría tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes –incluso llegó a cuestionarse que muchos congresistas ni siquiera tuvieron oportunidad de revisar su extenso texto, pero que a pesar de esto así la aprobaron-, aprobó la Ley Patriota (USA Patriot Act), la cual finalmente fue promulgada por el Presidente el

¹⁴ “EXECUTIVE ORDER 13224 - BLOCKING PROPERTY AND PROHIBITING TRANSACTIONS WITH PERSONS WHO COMMIT, THREATEN TO COMMIT, OR SUPPORT TERRORISM”. Recuperado de: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/terror.pdf>.

¹⁵ “Executive Order 13234— Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the War on Terrorism”. Recuperado de: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/WCPD-2001-11-12/pdf/WCPD-2001-11-12-Pg1625.pdf>.

¹⁶ “Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism”. Recuperado de: <http://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>.

día 26 de octubre de 2001, prevista como legislación de emergencia, toda vez que muchas de sus normas tendrían vigencia hasta el año 2005, sin embargo han sido mantenidas, ratificadas e, incluso, algunas de estas facultades fueron posteriormente ampliadas. En ese momento, debido a esta difícil coyuntura, se aceptó y justificó la flexibilización del principio de legalidad a favor de la seguridad nacional.

Como lo explica VERVAELE, ésta “es una ley extensa y compleja que introduce modificaciones sustanciales en 15 leyes federales y que confiere inusuales poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de intelligence” (Vervaele, 2005, p. 115), la cual tampoco podría catalogarse como completamente novedosa toda vez que frente a otras situaciones de conflicto, aunque obviamente no de la misma magnitud, ya se habían expedido normatividades que establecían el uso de poderes presidenciales de esta naturaleza. Por ejemplo, en 1917, “Estados Unidos declaró la guerra a Alemania. Como resultado de la aprobación de la *Espionage Act* (1917) y de la *Sedition Act* (1918), cualquier postura crítica frente al Gobierno o al Congreso era considerado delito y servía para perseguir la disidencia. En esa época se limitó la libertad de expresión”, o durante la Segunda Guerra Mundial se ordenó, a través de la Smith Act, disolver ciertas organizaciones políticas que se estimaron como inconvenientes, por tener una ideología comunista o socialista (Vervaele, 2005, p. 117). Más recientemente, y después de los atentados presentados en los años de 1993 y 1995 (una bomba en el World Trade Center y un atentado a un edificio oficial de Oklahoma City), “las previsiones legales se agravaron”, por lo que en junio de 1995 “se aprobó, casi por unanimidad, la *Comprehensive Terrorism Prevention Act*” y en los meses de marzo y abril de 1996 se promulgó la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*. (Vervaele, 2005, p. 117).

Por ello con toda razón se indica que existente bastante similitud entre aquella “guerra contra las drogas” librada en la década del 80 y 90, con esta “guerra contra el terrorismo”, caracterizadas por cuestionables métodos de investigación, la afectación de garantías sustanciales básicas como la intimidad o la libertad de expresión, entre otras circunstancias. (Thaman, 2009, p. 118).

El profesor VERVAELE destaca algunas normas y directrices generales, bastante discutibles y polémicas, de la “Patriot Act”, entre las que se destaca la detención secreta y juicio basado también en pruebas secretas, el listado secreto de personas detenidas -varias de ellas que fueron expulsadas del territorio a países donde tampoco existía ninguna garantía de respeto a su vida e integridad personal, por lo que se habría violado el principio de non-refoulement-, comisiones militares que investigan a presuntos terroristas que se encuentran detenidos convenientemente en instituciones fuera de su territorio nacional -es el caso de la cárcel ubicada en la Bahía de Guantánamo-, aplicación de un derecho penal que podría calificarse de preventivo¹⁷, limitaciones esenciales de los derechos civiles, renuencia a cumplir con ordenes judiciales por motivos de seguridad nacional y, por estas mismas razones, presentación de recursos de apelación contra decisiones que consideran contrarias a estos mismos intereses, diseño de un Estado de policía en el que quedan relegados el Congreso y el poder judicial y, en contrapartida, el poder ejecutivo goza de poderes y facultades inusitadas, modificaciones sensibles de los términos que deben aplicarse para ciertos procedimientos¹⁸ o de los requisitos que, en el curso de un proceso ordinario, deben observarse para desarrollar alguna actividad de investigación, tan es así que en muchos casos no se exige autorización judicial y ni siquiera la existencia de causa probable acerca de que la persona investigada pudo haber cometido un delito –de hecho basta que se considere que es miembro de un grupo terrorista-, se anula el secreto profesional, por lo que se pueden monitorear las conversaciones entre los detenidos y los abogados sin orden judicial y sólo porque seriamente se crea que se puede estar cometiendo algún delito y, en general, existe toda una variedad de medidas como interceptaciones telefónicas y electrónicas que se pueden extender por períodos bastante irrazonables –incluso por años-, solicitud de información a proveedores de servicios, sin necesidad de autorización judicial, acerca de información sin contenido como direcciones IP provisionales, números de tarjetas de crédito, mensajes electrónicos que guardan los servidores, entre otros datos, y posibilidad de bloquear cuentas o congelar recursos por valores equivalentes en el caso de que los dineros se encuentren en un lugar distinto.

¹⁷ “(...) el 25 de octubre de 2001 el representante del ministerio público, John Ashcroft, declaró que la prevención de los actos terroristas se ha tornado más importante que el enjuiciamiento penal contra los responsables”. (Thaman, 2009. p. 186 – 187).

¹⁸ Por ejemplo, se varió el término de 24 horas a 7 días para informar los motivos de la detención, sin embargo, en la realidad, ha transcurrido meses e incluso años sin que se haya informado los cargos por los que está siendo investigado o, incluso, en muchos casos, ni siquiera se ha iniciado formalmente un proceso en su contra, omitiendo también dar cualquier información a sus familiares.

Como lo explica THAMAN:

“Después de la promulgación de la Ley Patriota se hizo más fácil para el ministerio público obtener ciertas comunicaciones privadas (...) El juez juega un papel solamente cuando el destinatario del mandato rechaza entregar los datos y solicita revocar el mandato (...) [y] también ha dado a los jueces federales el poder de autorizar varias diligencias no sólo en sus propios distritos judiciales, como antes, sino en todo el país. Se aplica cuando hay necesidad de intervenir comunicaciones con teléfonos celulares, para instalar aparatos mecánicos para captar los números de teléfono marcados por una persona sospechosa o aquellos de las personas que la han llamado a (pen registers y trap and trace devices), y para recopilar las comunicaciones electrónicas y telefónicas para utilizar en un registro en un caso de terrorismo”. (Thaman, 2009, p. 191 - 192).

Pero una vez se afrontó la crisis, las críticas no se hicieron esperar por parte de distintos y muy variados sectores, como el Congreso, organizaciones internacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y la propia sociedad, ante la evidente restricción de los derechos y garantías fundamentales, cuya muestra se materializó, de manera evidente, en Guantánamo, pero también del mismo contenido de sus disposiciones.

Debido a lo anterior se creó la Comisión Nacional sobre los Ataques Terroristas en los Estados Unidos (*National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, aunque conocida generalmente como 11-S), la cual, debido a la oposición inicial presentada por el Gobierno Nacional, sólo pudo establecerse hasta el mes de noviembre de 2012 y su objetivo principal era el de evaluar la situación previa a estos atentados, las medidas adoptadas con posterioridad o en reacción a los mismos y las recomendaciones para evitar nuevos ataques; en relación con este último punto, formuló 41 recomendaciones, muchas de ellas dirigidas a la Intelligence Community, no obstante, después de haber finalizado su misión y disolverse, su

eficacia fue cuestionada, dado que para algunos fueron pocas las modificaciones introducidas a la normatividad de emergencia a partir de los resultados de su informe, de ahí que se hubiera afirmado que no había adelantado su misión de manera realmente independiente a los intereses del Gobierno.

Por su parte, el poder judicial también transitó por diversas etapas, lo cual es coincidente con cada uno de los anteriores momentos históricos. Inicialmente, una vez ocurrieron los terribles atentados del 11-S, podría decirse que todos los poderes públicos, incluidos el judicial, apoyaban las leyes y distintas normas ejecutivas expedidas para conjurar la grave crisis de seguridad por la cual afrontaba la Nación, por ello son bastante significativas las palabras pronunciadas por el presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos, William Rehnquist, así: “No es aconsejable, ni en cualquier modo posible, que las libertades civiles gocen durante los tiempos de guerra de una posición tan favorable como en tiempos de paz”. (Thaman, 2009, p. 186).

Posteriormente, debieron tomar un papel más decidido cuando empezó a cuestionarse la situación jurídica de los detenidos de Guantánamo y el real respeto de sus garantías fundamentales (a un juicio justo y sin dilaciones, a una asistencia letrada, a controvertir las pruebas allegadas en su contra y adelantar su propia actividad probatoria, entre otros derechos). Aquí, para la materia que nos ocupa, surgen varios interrogantes acerca de la posibilidad de emplear medios de prueba obtenidas a través de tortura o como resultado de prácticas crueles, inhumanas o degradantes, por parte de las Comisiones Militares.

Es importante mencionar que desde el 11 de enero de 2002, las personas detenidas en Afganistán o en otros países, vinculadas con el régimen talibán y, principalmente, con el grupo Al Qaeda, comenzaron a trasladarse a la cárcel acondicionada en la Bahía de Guantánamo, ubicada en Cuba. Aparentemente la razón principal para ubicar a estas personas fuera del territorio norteamericano era la creencia que se tenía por parte del Gobierno Nacional acerca de que se trataba de un territorio no sujeto a ninguna jurisdicción, especialmente el poder judicial de Estados Unidos. Es más, el Gobierno, en sus varias resoluciones y órdenes, empleaba el término

de “enemigo combatiente” o “enemigo combatiente ilegal”, para así sostener que tampoco se aplicaba el derecho internacional, en particular el artículo 3 de los Convenios de Ginebra.

En un informe reciente preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –publicado en el mes de junio de 2015-, titulado “Hacia el cierre de Guantánamo”, se precisan los argumentos expuestos por los Fiscales Generales Auxiliares Adjuntos Patrick Philbin y John Yoo en un memorando enviado al Departamento de Justicia acerca de la posibilidad que un extranjero detenido en Guantánamo presente un recurso de habeas corpus ante la Justicia Norteamericana, así:

“(…) “el gran peso de la autoridad legal indica que una corte federal distrital no podría ejercer adecuadamente su jurisdicción sobre un recurso de hábeas corpus presentado a favor de un extranjero detenido en [Guantánamo]”. Incluso observa que el acuerdo entre Estados Unidos y Cuba para el uso de la bahía de Guantánamo expresamente establece que “Estados Unidos reconoce la continuidad de la soberanía máxima de la República de Cuba respecto del territorio y las aguas sometidas a este acuerdo”. Por lo tanto, de conformidad con este acuerdo, la Bahía de Guantánamo fue considerada como una zona libre de leyes donde los agentes podían detener a no ciudadanos fuera del territorio soberano de Estados Unidos y sin interferencia de las cortes federales”. (Comisión IDH, 2015, p. 43).

Debe recordarse que Estados Unidos si bien es miembro de la Organización de Estados Americanos, no suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos, no obstante el sistema interamericano estima que este país

“está sometido a las obligaciones derivadas de la Carta de la OEA, el artículo 20 del Estatuto de la CIDH, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 51 de su Reglamento”. (Comisión IDH, 2015, p. 23).

La Comisión afirma que ha sido el “único organismo internacional en hacer uso de todos sus mecanismos para abordar este asunto” y por ello, en cumplimiento de sus funciones, ha dictado cuatro medidas cautelares, la primera de ellas en 2002 a favor de los 254 detenidos en

Guantánamo y las otras tres con ocasión de solicitudes particulares presentadas en 2006, 2008 y 2015, con las que inicialmente se le pidió a Estados Unidos informara acerca de la situación jurídica de cada uno de los detenidos, teniendo en cuenta que a muchos de ellos ni siquiera se le habían comunicado los cargos por los que estaban siendo investigados y ni siquiera tenían contacto con sus familiares; posteriormente, se solicitó se investigara y adoptara las consiguientes sanciones por las graves denuncias de tortura y actos crueles o inhumanos –por ejemplo, alimentación forzada, amenazas o actos de abuso sexual, entre muchos otros- que se estaban cometiendo en sus instalaciones y, finalmente, el cierre definitivo de Guantánamo. A pesar que desde el año 2009, con la administración Obama, se ha advertido un significativo cambio de postura y una decidida voluntad para corregir esta situación, Estados Unidos ha incumplido sistemáticamente con estas medidas, tan es así que aún se encuentra operando y su cierre tampoco se avecina en un futuro cercano. No deja de ser dicente las recientes noticias de los medios de comunicación en los que se informa de nuevos proyectos presentados para la ejecución de ciertas obras en sus instalaciones.

Ante estas graves denuncias, la administración de justicia asumió un papel más activo, aceptando conocer los recursos de habeas corpus de los detenidos en Guantánamo, al considerar, entre otros argumentos que, si bien la cárcel se encuentra en territorio cubano, su dirección se encuentra a cargo de Estados Unidos, por lo que debe someterse a su jurisdicción, así se trate de ciudadanos o no ciudadanos.

Se destacan entonces, de un lado, la providencia adoptada en el caso *Rasul vs Bush* (2004), que revocó la postura anterior expuesta en 2002, por lo que a partir de aquel momento se aceptó que los no ciudadanos detenidos fuera del territorio soberano norteamericano podían someterse a su jurisdicción y conocer, en consecuencia, de los recursos de habeas corpus; y, de otro, las decisiones en los casos *Hamdi vs Rumsfeld* (2004) -quien resultó ser un ciudadano americano detenido en Afganistán-, *Hamdan vs Rumsfeld* (2006) y *Boumediene vs Bush* (2008), a partir de las cuales se concluyó que:

“(…) la facultad para detener a personas establecida en la AUMF no se basa en las facultades del Presidente como Comandante en Jefe y que el ámbito de la facultad

establecida en dicha norma se basa en el derecho internacional de los conflictos armados (los Convenios de Ginebra y la costumbre internacional). Este memorando también estableció que los individuos que apoyaron a Al-Qaeda o a los Talibanes sólo podían ser detenidos si ese apoyo había sido “sustancial”. Por lo tanto, este nuevo estándar no mantuvo la existencia de la facultad de detener a personas con base en un apoyo insignificante o insustancial”. (Comisión IDH, 2015, p. 44).

Este ambiente favorable se vio frenado con la decisión adoptada a mediados del año 2010 por la Corte de Circuito de D.C en el caso *Al-Adahi vs Obama*, quien revocó una decisión favorable de habeas corpus al estimar que dentro de este tipo de actuaciones no es posible tener en cuenta los mismos estándares y garantías previstos en el derecho penal tradicional, más cuando responden a motivos de seguridad nacional. Esta nueva postura ha conllevado a una notable disminución de la prosperidad de esta clase de recursos, tan es así que en un informe del Centro de Políticas e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seton Hall se observó que antes de esta decisión se había alcanzado un 59% de decisiones favorables y un rechazo de los alegatos del gobierno en un 40%, pero que después de este momento los mismos criterios anteriores solo habían llegado a un 8% y 14%, respectivamente. (Comisión IDH, 2015, p. 78 - 79).

Todo este escenario social, político y jurídico no fue ajeno al tratamiento dado a la regla de exclusión por parte del sistema judicial, por lo que si bien, bajo la anterior lógica, las garantías y estándares de protección son mayores tratándose del derecho penal tradicional, de manera progresiva se ha visto una reducción significativa de la aplicación de la regla de exclusión, limitándose a procesos por delitos menores –casi nunca violentos-, para lo cual se han ampliado los argumentos que justifican su desatención en un caso concreto, llegando al punto de excusar cualquier actuación de los órganos de policía sea por tratarse de un simple error, o de una actuación de buena fe, más si se trata de aquellos asuntos donde puede estar en juego la seguridad nacional.

Veamos algunos de estos casos presentados con posterioridad al 11-S.

En el caso HUDSON vs MICHIGAN (2006) se analiza la presunta violación de la cuarta enmienda frente a una orden de entrada y registro, producto de la cual se encontraron drogas y armas de fuego en la casa del procesado (Hudson), toda vez que si bien se contaba con autorización para realizar esta labor investigativa, se desconoció el principio de tocar la puerta y anunciarse (principio del common law conocido como knock and announce), dado que la policía anunció su presencia pero solo esperó unos pocos segundos para ingresar (de tres o cinco segundos), por lo que no se otorgó una verdadera oportunidad de que los residentes abrieran la puerta o se prepararan para el ingreso de los funcionarios, por lo que el registro se adelantó de manera contraria a la ley.

En el caso Wilson vs Arkansas (1995) y en otros siguientes se señalaron las excepciones a este principio, que son:

“No es necesario cuando “las circunstancias constituyen una amenaza de violencia física”, o si hay “motivos para creer que las pruebas probablemente se destruirán si se da aviso anticipado”, o si tocar e identificarse sería “inútil”. Caso *Richards v. Wisconsin*, 520 U.S. 385 (1997). Se exige solo que la policía “tenga una sospecha razonable... bajo circunstancias particulares” que uno de los motivos para no tocar e identificarse... existe, y hemos reconocido que “estos casos no son muy frecuentes””. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 149).

Con ocasión de lo anterior, una de las preguntas que necesariamente surge es cuál es el rango de tiempo suficiente o necesario que un policía debe esperar entre su anuncio e ingreso, por lo que se han intentado algunas respuestas como aquel suficiente para tener la oportunidad de abrir la puerta o el tiempo que se tardaría una persona en eliminar las pruebas, siendo un término corto si se trata por ejemplo de drogas o similares, pero un lapso mayor si se trata de bienes más grandes y dispendiosos, por lo que la determinación de este aspecto no es una tarea para nada fácil, no obstante si bien fue un tema que se planteó en el desarrollo de la decisión en realidad la discusión no se centró en este punto, ni tampoco en las excepciones de este principio dado que ninguna de ellas fue alegada aquí, ni tampoco parecen configurarse.

En este caso lo que se busca determinar es si el desconocimiento de este principio puede constituir una violación de la enmienda cuarta, que a su vez imponga la exclusión de la prueba en cuestión. Al respecto se otorgan varias explicaciones, inicialmente se parte de la consideración de los enormes costes sociales que genera la exclusión de una prueba, ante el evidente riesgo que existe de liberar a personas culpables que, por lo mismo, representan un peligro para la sociedad, por lo que se concluye que en este caso el efecto disuasivo que generaría en el cuerpo policial sería bastante escaso y que bastaría con adelantar un proceso de responsabilidad civil o esperar que no se sigan presentando, debido al proceso de profesionalización y capacitación que continuamente se sigue con la Policía; sin embargo, a primera vista, estas afirmaciones generan bastantes vacíos toda vez que no parecen tener fundamento suficiente, ni tampoco parecen estar apoyados en cifras, datos o elementos de juicio claros y precisos y, por el contrario, más bien en conjeturas o en las meras expectativas de que esto podría ser así.

De hecho, muchos opinan todo lo contrario, al advertirse que este tipo de violaciones se han convertido en una práctica recurrente y generalizada, por lo que antes de desestimularla la incentiva, como quiera que los funcionarios de policía prefieren correr el riesgo ante la convicción que tienen de que al final estas pruebas no van a ser excluidas; además, estos juicios civiles en no muchas ocasiones generan un resultado favorable, no solo por el tiempo y los costos que implican, sino también por la creencia que existe acerca de la escasa afectación que este tipo de conductas podrían realmente tener para el procesado que las ha padecido.

Lo cierto es que en esta misma decisión se sostiene que el espectro amplio presentado en el caso Mapp, referido aquí en páginas anteriores, en cuanto a la declaratoria de inadmisibilidad de las pruebas obtenidas en el curso de registros ejecutados con violación de la Constitución, ha sido modificado (desde el caso *United States vs Leon* de 1984) y, si se quiere decir, restringido, toda vez que lo que debe analizarse es si la ilegalidad que se denuncia en realidad viola la constitución o la norma desconocida tiene los mismos propósitos y finalidades que la norma constitucional quiere proteger.

Precisamente en esta providencia se afirma que este principio (knock-announce) no tiene relación con el aseguramiento de la prueba, por lo que su desconocimiento no conlleva la violación de la cuarta enmienda y, en consecuencia, la exclusión de la prueba prohibida; en contrapartida, a este principio se le asignan otros intereses como:

“la protección de la vida humana y la integridad física, debido a que una entrada sin previo aviso puede provocar la violencia en una supuesta autodefensa por el residente sorprendido. Otro interés es la protección de la propiedad. El principio de tocar e identificarse proporciona a los individuos “la oportunidad de cumplir con la ley y de evitar la destrucción de la propiedad ocasionados por una entrada forzosa”. Y, en tercer lugar, el principio de tocar e identificarse protege esos elementos de vida privada y dignidad que pueden ser destruidos por una repentina entrada. Proporciona a los residentes la “oportunidad de prepararse a sí mismos para” la entrada de la policía. “El breve interludio entre el (sic) anunciación y la entrada con una orden judicial puede ser la oportunidad que una persona tiene para ponerse la ropa o salir de la cama”. En otras palabras, se garantiza la oportunidad de prepararse antes de abrir la puerta”. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 151).

Lo anterior resulta contradictorio toda vez que si las acciones de llamar a la puerta y anunciarse necesariamente constituyen un acto previo al registro de un bien respecto del cual se sospecha de manera razonable se encuentran los elementos o productos de un delito, o el tiempo de ingreso lo determina la misma posibilidad de que se puedan destruir estas pruebas, es difícil sostener que el “knock-announce” no tiene nada que ver con el aseguramiento de prueba.

Igualmente en esta decisión se sostuvo que de todas maneras la policía iba a encontrar la droga y armas en la casa de Hudson, como quiera que tenía una orden legalmente expedida para realizar el registro del bien, como si se tratara de una de las excepciones de la teoría de los frutos del árbol envenenado –descubrimiento inevitable-, sin embargo esta es una cuestión completamente distinta como quiera que lo que aquí se discute es que el registro no se realizó en debida forma, toda vez que no solo bastaba la presentación de la orden, sino de cumplir con una actividad coherente con las normas constitucionales, incluyendo el debido respecto del principio tantas veces aludido.

Lo cierto es que, como se reconoce en este fallo, las posibilidades de inadmitir una prueba cada vez son más reducidas toda vez que “la exclusión no puede basarse en el mero hecho de que una violación constitucional fue “causa-inmediata” de la obtención de las pruebas (...) sostener que toda prueba es “fruto del árbol envenenado simplemente porque “no habría salido a la luz, sino por las acciones ilegales de la policía”. Por el contrario, la interrogante más apropiada en tal caso es “si admitiendo el establecimiento de la ilegalidad fundamental, las pruebas en que se formula la impugnación inminente han sido producto de la explotación de esa ilegalidad o, en su lugar, son suficientemente diferenciables para ser purgadas de la contaminación principal”. Caso *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963)”. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 150 - 151).

Otro caso importante es el de *HERRING vs ESTADOS UNIDOS* (2009) en el que se pregunta si el registro y consiguiente arresto puede considerarse violatorio de la cuarta enmienda debido a una orden errada incluida en el sistema, que ha sido mantenida por descuido, olvido o cualquier otra circunstancia del funcionario a cargo.

Estos fueron los hechos. Un investigador observó que Bennie Dean Herring –quien no era una persona extraña para la policía- se acercó al Departamento del Sheriff del Condado de Coffe con el fin de recoger algunos artículos que estaban en su vehículo que fue incautado, por lo que le pidió a la Secretaria del Juzgado del Condado revisara si esta persona tenía alguna orden de arresto importante, por lo que, al proporcionarle una respuesta negativa, le pidió revisara la misma situación en el condado vecino de Dale, encontrando que si existía, por lo que el investigador procedió a arrestarlo y requisarlo, encontrándole drogas y una pistola que no podía portar, sin embargo minutos después, cuando se pretendía enviarle por fax la orden de arresto se le informó que la orden se había retirado hace 5 meses atrás, sólo que la información no estaba actualizada en el sistema. A pesar de esto, se le inició un nuevo proceso por estos últimos hechos.

Si bien la orden no era válida y, en consecuencia, el registro no tenía ninguna causa razonable, no se declararon inadmisibles los artículos encontrados como resultado de la requisa,

al considerar que cuando se trata de un error de buena fe no opera la cláusula de exclusión. Así se explicó con base en precedentes judiciales:

“Estos principios se reflejan en la argumentación del caso *Leon*: Cuando un policía actúa bajo una orden judicial que es invalida por la ausencia de una causa probable, la norma de exclusión no aplica si el policía actuó “confiado de manera razonablemente objetiva” en la subsecuente orden judicial inválida. Llamamos (tal vez de manera equivocada) a este razonamiento objetivo confiable de “buena fe”. En un caso guía, *Massachusetts v. Sheppard*, sostuvimos que la norma de exclusión no aplica cuando una orden judicial fue invalida porque un juez olvidó hacer “correcciones administrativas”. Poco después extendimos estos argumentos a los registros sin órdenes administrativas efectuadas confiablemente de buena fe sobre una ley declarada más tarde como inconstitucional. Caso *Krull*. Finalmente, en el caso *Evans*, aplicamos este principio de buena fe a la policía que razonablemente se apoya sobre información errónea en la base de datos del tribunal de que una orden judicial de arresto estaba vigente”. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 167).

Al respecto se ha cuestionado que este tipo de inconsistencias o inexactitudes salen bastante costosas para la libertad individual por lo que no deberían tratarse con indiferencia y tenerla como simples errores de buena fe o, si acaso, como conductas negligentes excusables, toda vez que la actualización de estas bases de datos están a cargo de los funcionarios competentes y sus descuidos u omisiones no pueden ser trasladados al individuo, quien finalmente es quien debe asumir la responsabilidad.

Por otra parte, en este caso en particular, todo transcurrió en cuestión de 10 o 15 minutos, por lo que el investigador debió haber verificado de manera diligente la vigencia de esta medida y haber obtenido su confirmación, más cuando no se necesitaba de un período de tiempo bastante prolongado. Por el contrario, lo que se advierte es que, al tratarse de una persona conocida para el cuerpo policial, el investigador buscaba algún motivo para detenerlo y por ello fue que solicitó la búsqueda de órdenes de arresto, sin embargo se precipitó debido a sus motivos de sospecha, que en realidad no tenían, por lo menos para ese momento, un fundamento serio y razonable.

Por último, vale la pena destacar el caso *BERGHUIS vs. THOMPCKINS* (2010) que genero bastante polémica y ello se advierte en su apretada votación (5-4).

De acuerdo a lo narrado, un detective, junto con otro agente de policía, interrogaron a Thompkins acerca de su participación en un tiroteo que trajo como resultado la muerte de una persona, previéndolo de manera inicial acerca de las advertencias de Miranda, para lo cual le mostró un documento que las recogía, y se leyeron posteriormente en voz alta, haciendo énfasis a la quinta de ellas sobre su “derecho a decidir en cualquier momento antes o durante el interrogatorio a utilizar su derecho a guardar silencio y a tener un abogado presente mientras tenga lugar el interrogatorio”. Con base en las declaraciones realizadas en el curso de este interrogatorio, fue hallado culpable de asesinato y condenado a cadena perpetua. (Israel, Kamisar, Lafave y King 2012, p. 578).

Hasta aquí, el anterior relato no se presta a mayores discusiones, sin embargo hay un dato significativo y es que Thompkins guardó silencio durante casi la totalidad del interrogatorio, es decir, de las casi tres horas, permaneció en silencio dos horas y cuarenta y cinco minutos y sólo al final contestó “SI” a tres preguntas que se le formularon, relacionadas con su fe y con Dios y estas fueron las afirmaciones utilizadas como prueba de su culpabilidad. Thompkins alegó que permaneció suficiente tiempo en silencio, por lo que el interrogatorio debió haberse terminado antes que respondiera las preguntas que sirvieron de fundamento a la declaratoria de responsabilidad penal. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 579).

Partiendo de la decisión *Davis vs. United States* (1994) en el sentido de que cuando se invoca el derecho a la asistencia letrada de Miranda debe hacerse “de modo inequívoco”, es decir, que su manifestación o petición no sea “ambigua o equívoca”, con el fin de evitar confusiones con los agentes de policía. A partir de lo anterior, se estimo que, para no generar las mismas dudas acerca de la verdadera intención del interrogado, el derecho a guardar silencio debía ser invocado de manera expresa, sin embargo así no lo hizo Thompkins dado que nunca lo alegó de esta manera o ejerció de manera inequívoca su derecho a interrumpir el interrogatorio, por lo que, de manera contraria, cuando contestó las preguntas formuladas al final de esta

diligencia policial, renunció a su derecho a guardar silencio, lo cual si se puede hacer de manera tácita. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 579).

“Uno de los primeros casos para decidir el significado y trascendencia del caso *Miranda* respecto a la cuestión de la renuncia fue *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979). En este caso se interpretó el contenido del caso *Miranda* en relación con la “pesada carga” de demostrar la renuncia de conformidad con los principios habituales para determinar la renuncia, los cuales pueden deducir la renuncia implícita en todas las circunstancias. Y en un caso posterior, el Tribunal declaró que esta “pesada carga” no es mayor a la de establecer la renuncia mediante una prueba irrefutable. *Colorado v. Connelly*. La acusación por consiguiente no necesita demostrar que la renuncia a los derechos *Miranda* fue expresa. Una “renuncia implícita” del “derecho a guardar silencio” es suficiente para admitir la declaración del sospechoso como prueba. En el caso *Butler* quedó claro que una renuncia de los derechos *Miranda* puede deducirse por el “silencio del acusado junto con el entendimiento de sus derechos y un tipo de conducta que indique renuncia”. El caso *Butler* por lo tanto “se retira” de la “interpretación y tenor de la decisión *Miranda*” que “implicaba que el Tribunal exigiera que la renuncia se hubiese efectuado específicamente”. (Israel, Kamisar, Lafave y King, 2012, p. 580).

Sobre este aspecto también se argumentó que no existió ningún elemento de juicio que pusiera en duda que Thompkins no había comprendido adecuadamente sus derechos y en ningún momento indicó que había sido amenazado o intimidado por los funcionarios de policía, por ello las respuestas otorgadas sobre sus creencias religiosas no pueden calificarse de involuntarias. Adicionalmente, tampoco existe la obligación de los agentes de hacer nuevas advertencias –de *Miranda*- en el desarrollo del interrogatorio o de ratificar su entendimiento cuando se va a obtener una respuesta, toda vez que basta con que se hubieran realizado estas previsiones al inicio de su interrogatorio. Por otra parte, no basta con que hubiera guardado silencio la mayor del tiempo, como quiera que válidamente pudo haber hecho un análisis de su situación conforme avanzaba el interrogatorio, al conocer parte de la información que se le estaba proporcionando con las preguntas o la evidencia existente acerca de su participación en los hechos, por lo que hubiera decidido contestar, así sea con monosílabas, las últimas preguntas; además que en

ningún momento señaló que no quería hablar con la policía o que quería permanecer en silencio. Con base en estos argumentos, no se procede a la exclusión de su declaración.

El desequilibrio parece evidente dado que, de un lado, el derecho a guardar silencio debe ser invocado de manera expresa e inequívoca, pero, de otro, su renuncia si se puede establecer sólo implícitamente. Resulta un poco ingenuo creer que en cualquier momento en que se alegue este derecho, los agentes de policía van a culminar con su actividad inmediatamente y no van a tratar de sacar cualquier información del interrogado.

En su momento se cuestionó que por la expresión de tres monosílabos y la actitud descrita por los agentes, en el sentido de que el interrogado se mostró hosco, callado y poco comunicativo durante la mayor parte de la diligencia, se deduzca una verdadera renuncia de su derecho. Con esta decisión se estaría desconociendo el fundamento de la sentencia Miranda, la cual no exige la pronunciación de una fórmula sacramental para poder ejercer sus derechos, de modo que se estaría definiendo un nuevo principio del derecho.

Se advierte con las decisiones anteriores un progresivo recorte de la aplicación de la regla de exclusión, que incide desfavorablemente en los derechos fundamentales de los procesados, al privilegiarse más la forma que la protección de las garantías sustanciales o el sentimiento etéreo de la seguridad nacional o del efecto disuasivo en los agentes de policía, frente al verdadero examen que debería realizarse acerca de las violaciones concretas a las normas constitucionales. En ocasiones, las explicaciones vistas en los casos anteriores parecen ser más un forzado ejercicio argumentativo que debe hacerse a toda costa para evitar la liberación de los procesados especialmente cuando se trata de delitos graves o violentos.

Y este panorama no parece ser muy distinto del nacional, como más adelante se verá, pero también del contexto europeo, especialmente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto pueden destacarse los casos *Gäfgen vs. Germany* y *El Haski vs. Belgium*.

En el primer caso, se investigaba el secuestro de un menor de edad cuyo captor fue identificado debido al seguimiento que se le realizó después de haber retirado el dinero por el

rescate; una vez capturado, fue llevado a la estación de policía quien, antes de hablar con su abogado, fue interrogado y en una de sus afirmaciones sugirió que el niño aún permanecía con vida y que se encontraba con sus otros compañeros; de manera paralela, se registró su apartamento encontrándose parte del dinero y anotaciones de la planeación del secuestro. El jefe de la policía local instruyó a un agente para que, bajo la amenaza de tratos crueles, se obtuviera la información que permitiera descubrir el paradero del niño. Si bien nunca se concretaron en actos positivos los abusos prometidos, el detenido, Magnus Gäfgen, reconoció que había asesinado al menor, indicando el lugar donde se encontraría su cuerpo, por lo que se trasladaron hasta este sitio para su búsqueda, confirmándose lo narrado y evidenciando, además, las huellas del carro de Gäfgen. En el viaje de regreso, el detenido confesó que fue quien ejecutó el secuestro y el homicidio y solo con posterioridad a estas declaraciones, el detenido tuvo contacto con su abogado. (Juárez, 2012, p. 287 – 288).

En relación con el segundo caso, HASKI nació en Marruecos en 1975 y durante los años 1993 a 2002 trasladó su residencia a Siria, lugar en el cual estudio la ideología islámica y árabe; en este mismo período, viajó en numerosas ocasiones a Marruecos, Turquía, Arabia Saudita y Afganistán, último país éste donde se afirma recibió entrenamiento militar. En el año 2002 retornó a Marruecos, pero al estar bajo la vigilancia de las autoridades, en el mes de octubre viajó a Arabia Saudita, permaneciendo allí hasta inicios del año 2004, cuando ingresó a Bélgica, vía Turquía, junto con su esposa belga y su hijo, para lo cual empleó papeles de identidad falsos. El 16 de junio de 2004 presentó una solicitud de asilo y el día 1 de julio del mismo año fue detenido, acusándolo de participar, entre el 7 de enero y 2 de julio de 2004 como líder en la actividad de un grupo terrorista (el Grupo Islámico Combatiente Marroquí) y la falsificación, conspiración para cometer un delito, uso de bienes robados, uso de un nombre falso y entrada y residencia ilegales.

A finales de 2002, las autoridades belgas tuvieron conocimiento que nacionales del Norte de Africa se encontraban en su país, quienes recibieron entrenamiento militar en Afganistán con grupos vinculados a Al Qaeda. En el año 2003, Marruecos detuvo a militantes islamistas, obteniendo información acerca de la estructura y miembros de grupos terroristas, como el GICM, por lo que emitió una orden internacional de captura en contra de varias personas, incluyendo a

HASKI. Se conoció que después de la intervención en Afganistán, el grupo se separó, instalándose varias células en países distintos como Marruecos, Francia, Bélgica, Italia, Reino Unido y Canadá. En el año 2004, Bélgica arrestó a otras personas relacionadas con el mismo caso.

En los dos casos aquí narrados se invocó la violación de los artículos 3 (Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes) y 6 (Derecho a un proceso justo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos al estimar que las declaraciones que soportaron la condena fueron obtenidos a través de actos constitutivos de tortura o de actos crueles; así, en el primer caso, se obtuvo la confesión bajo amenazas de tormentas y abusos, y en el segundo caso Haski alegó que los testimonios empleados en su caso también debieron ser obtenidos de la misma manera, habida cuenta que el lugar donde se recibieron (Marruecos) afronta una preocupante situación de violación de derechos humanos, registrándose abundantes denuncias – cuyo numero aumenta día tras día- por la comisión de delitos de tortura y actos crueles, inhumanos o degradantes por parte del Directorio de Vigilancia Nacional, sin que exista alguna normatividad que prohíba la utilización de testimonios obtenidos con tortura o practicas similares. (T.E.D.H, 2012).

Al respecto, de manera similar, el Tribunal Europeo consideró que no existe un derecho a excluir las pruebas obtenidas ilegalmente dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que no hace parte de sus funciones pronunciarse acerca de la admisibilidad o no de un medio de prueba en concreto, más cuando se trata de un asunto que debe ser definido por cada legislación interna. Lo que si puede hacer es determinar si el proceso en su conjunto ha respetado las garantías sustanciales del peticionario y, en consecuencia, se ha observado el derecho a un juicio justo, aunque también reconoce que una prueba obtenida a través de tortura (violación del artículo tercero) genera a su vez la violación del artículo sexto sobre el derecho a un juicio justo, por lo que los Tribunales Nacionales deberán examinar si, conforme con todos los elementos específicos del caso, las pruebas se obtuvieron de esta manera, por lo que de ser así deberán ser inadmitidas –pero por parte de los jueces nacionales, dado que el papel del Tribunal es constatar la violación de sus artículos-.

Así se indicó en la decisión HASKI:

“82. El papel de la Corte no se trata, por lo tanto, de determinar, como cuestión de principio, si un tipo particular de pruebas -por ejemplo, las pruebas obtenidas ilegalmente en términos de la legislación nacional- puede ser admisible. La pregunta que debe responderse es si el procedimiento en su conjunto, incluyendo la forma en que se obtuvo la evidencia, fue justo. Esto implica un examen de la ilegalidad de que se trate y, cuando se refiere a la violación de otro derecho de la Convención, la naturaleza de la violación encontrada (...)

83. Para determinar si el procedimiento en su conjunto fue justo, debe tenerse en cuenta si se han respetado los derechos de la defensa. En particular, debe examinarse si al solicitante se le dio la oportunidad de cuestionar la autenticidad de la evidencia y oponerse a su uso. Además, la calidad de las pruebas debe ser tomado en consideración, por lo que deberá repararse en las circunstancias en que fueron obtenidas y si estas circunstancias ponen en duda su fiabilidad o exactitud. Si bien no hay problema de justicia cuando la evidencia fue obtenida sin apoyo de otro material, se puede señalar que cuando la evidencia es muy fuerte y no hay riesgo de que sea poco fiable, la necesidad de evidencia complementaria es correspondientemente más débil (...) A este respecto, el Tribunal da más peso a si las pruebas en cuestión eran o no era decisivas para el resultado de los procedimientos penales”¹⁹. (T.E.D.H, 2012).

¹⁹ El texto original es el siguiente: “82. It is not, therefore, the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the unlawfulness in question and, where the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, *inter alia*, *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, § 34, ECHR 2000- V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, § 42, ECHR 2002- IX; and *Gäfgen*, cited above, § 163). 83. In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had as to whether the rights of the defence have been respected. In particular, it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, as must the circumstances in which it was obtained and whether these circumstances cast doubt on its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (see, *inter alia*, *Khan*, cited above, §§ 35 and 37; *Allan*, cited above, § 43; *Jalloh*, cited above, § 96; and *Gäfgen*, cited above, § 164). In this connection, the Court further attaches weight to whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the criminal proceedings (see *Gäfgen*, cited above, § 164)”.

Nos parece un tanto conveniente la postura del Tribunal al no querer pronunciarse acerca de las cuestiones de inadmisibilidad de una prueba en concreto, a pesar de analizar a la par otros aspectos probatorios, como por ejemplo la existencia de otras pruebas que sigan sustentando la acusación y respecto de las cuales no surga ningún cuestionamiento (como lo hizo en el caso Gäfgen, al considerar que sus declaraciones bajo intimidación no fueron las únicas que apoyaron la condena) o el análisis conjunto del procedimiento con el fin de establecer si se cumplió o no el derecho a un proceso justo.

Todo esto de todas maneras nos permite tener un marco de referencia al momento de analizar nuestra jurisprudencia nacional y así saber si nos inscribimos en la tendencia de impedir a toda costa la exclusión de una prueba en concreto, especialmente en aquellos casos en que se investiga un delito grave o violento.

1.2 Nociones Generales

El proceso histórico que ha experimentado cada País en la elaboración y consolidación del concepto de la prueba ilícita explica la razón por la cual no es posible encontrar un significado unívoco. Sólo basta con pensar en la escala de valores de cada ordenamiento, las formas de solución que han debido plantearse frente a ciertos casos particulares, su mismo modelo político y tradición jurídica, para así entender cómo la naturaleza jurídica o la finalidad que se le asigna a estas prohibiciones de incorporación o valoración de una prueba obtenida de cierta manera varía dependiendo del énfasis que cada sistema jurídico le da a ciertos aspectos, que en otros parecería irrelevantes.

Por ejemplo, en el sistema norteamericano, por lo menos en una “primera fase de interpretación jurisprudencial sobre la regla de exclusión”²⁰ (Guerrero 2011, p. 423), la decisión de excluir una prueba ilícita dependía en gran medida del efecto disuasorio que pudiera

²⁰ “En suma, puede decirse que la primera fase de interpretación jurisprudencial sobre la regla de exclusión está acuñada en una línea, según la cual la justificación sobre su aplicación aparece marcada por la necesidad de adicionar y evidenciar un *plus* en el caso concreto a los efectos de prevención del trabajo policial. Algunos exegetas criticaron esta posición de la jurisprudencia, debido a que este enfoque ignoraba el efecto acumulativo de muchas excepciones, de tal manera que el tan mentado efecto de disuasión y prevención devenía en su contrario. Vale decir, la policía podía aprender perfectamente las situaciones en las que la regla no operaba dejando comprometido el fundamento educativo jurisprudencial sobre el cual se había levantado la institución probatoria”.

conseguirse en los agentes estatales, para evitar que en el futuro se cometieran estas mismas irregularidades, de modo que si el riesgo de repetición era bajo no se cumpliría con la finalidad propuesta al excluir una determinada prueba; sin embargo, en otros ordenamientos con una tradición jurídica continental, puede pesar más la entidad o gravedad de aquella irregularidad y su incidencia frente a la protección efectiva de los derechos fundamentales, es por esto que resulta en extremo difícil elaborar un concepto con pretensiones de generalidad o, por lo menos, identificar un sólo término para tratar de significar lo mismo.

Precisamente, para referirse a aquellas pruebas que no es posible incorporarlas al juicio o valorarlas como medio probatorio, sea por razones constitucionales o legales, se ha utilizado variadas expresiones como prueba ilícita, prueba ilegal, prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, prueba ilícitamente, ilegalmente o ilegítimamente obtenida, prueba clandestina, entre muchas otras.

Igualmente, por las razones anteriores también se encuentran variados conceptos, algunos que tienen un sentido restrictivo, otros que a partir de una distinción entre legalidad constitucional y ordinaria, construyen el significado sólo a partir de la vulneración de esas primeras normas, otras en que la violación puede provenir sólo respecto de ciertos derechos fundamentales o principios, otras más amplias según las cuales el desconocimiento no sólo proviene de normas constitucionales sino también de otras disposiciones de inferior categoría, entre muchos conceptos.

Por ejemplo, algunos conceptos restrictivos que pueden encontrarse en la doctrina son los siguientes:

- Así, para GONZÁLEZ MONTES los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente (art. 24.2 C.E.) tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, en su opinión, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba (...) Los partidarios de esta concepción citan en apoyo de su argumentación la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y el propio art. 11.1 L.O.P.J. Por tanto, desde esta orientación, la prueba ilícita o la prueba prohibida se debe circunscribir únicamente a los casos en

que, en su obtención, dentro o fuera del proceso, resulten vulnerados alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de nuestra Constitución (arts. 15 a 29), que son susceptibles de amparo constitucional, así como el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 del texto constitucional. (Miranda, 2004, p. 22-24)

- Si bien la profesora ELENA MARTÍNEZ no formula un concepto en el que se formulen supuestos taxativos de ilicitud probatoria, si llama la atención acerca del alcance del artículo 11.1 LOPJ, el cual, en su criterio, si podría calificarse de restrictivo, al hacer referencia sólo a la violación de derechos o libertades fundamentales a pesar de existir otras garantías sustanciales y procesales que no obstante no haber sido enlistadas dentro de esas dos categorías si deberían ser dignas de protección.

Al respecto sostiene que: “La limitación de un derecho fundamental, así como la introducción de su resultado en un proceso exigen el respeto de requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria. La ilicitud probatoria y, por tanto, el alcance del artículo 11.1 LOPJ sólo se predica de la transgresión de los primeros, pero generando un efecto anulatorio más radical, a través de lo que denominamos la doctrina del árbol envenenado (...) Afirmar que los actos de investigación policial y judicial pueden violar derechos y libertades fundamentales significa que, aunque todos los derechos fundamentales materiales pueden ser objeto de una lesión en una investigación, los habitualmente susceptibles de ilicitud probatoria serán el del artículo 15 CE (integridad física), 17 CE (libertad personal), 18 CE (intimidad), propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa en relación al uso de la informática). Pero no son los únicos. También son susceptibles de violación durante la obtención de fuentes de prueba en una investigación los derechos fundamentales de naturaleza procesal, aunque el artículo 24 CE reduce las posibilidades de ilicitud probatoria (...)”. (Martínez, 2003, p. 39-42)

- La Presidenta del Instituto de Derecho Procesal de Brasil, Ada Pellegrini Grinover, considera que “(...) Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos, por lo tanto, la prueba recogida infringiendo (sic) normas o principios colocados por la Constitución y

por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación que es el derecho a la intimidad”. (Pellegrini, s.f. Citado por: Delgadillo, 2007, p. 58.)

Otros que podrían considerarse como amplios o más extensivos en sus criterios de configuración serían los siguientes:

- “...la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana”.

- “Desde una perspectiva distinta, MONTÓN REDONDO considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio <<el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”.

- “Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales”. (Miranda, 2004, p. 19-20)

- Igualmente, Ada Pellegrini Grinover (s.f.), construyendo un concepto amplio, también sostiene que:

“La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de la prueba vedada”. “La prueba es vedada siempre que fuese contraria a una específica norma legal, o a un principio del derecho positivo”. “Pero el veto puede ser establecido o por la ley procesal, o por la norma material (por ejemplo, constitucional

o penal); puede, además, ser expresa o puede implícitamente ser deducida de los principios generales”. (Citado por: Delgadillo, 2007, p. 58)

- En el contexto colombiano, el profesor José Joaquín Urbano (2006) indica que:

... la práctica probatoria no siempre se sujeta a los fundamentos y límites impuestos por el ordenamiento jurídico y surgen entonces los problemas planteados por las irregularidades cometidas en la obtención, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba. Estas irregularidades no revisten siempre la misma gravedad y de allí por qué la doctrina distingue entre prueba ilícita, por una parte, y prueba irregular, por otra. Por prueba ilícita, aludida también con otras múltiples denominaciones, entiende aquella que es contraria a la dignidad humana, o que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales y por prueba irregular se entiende aquella prueba que vulnera otras normas jurídicas. (p. 271-272)

- Igualmente, los profesores Jaime Bernal Cuéllar & Eduardo Montealegre Lynett (2002), en relación con el Código de Procedimiento Penal de 2000, sostienen que:

Un aspecto directamente relacionado con este punto es la nulidad constitucional de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. La Corte se ha pronunciado de manera tangencial sobre esta materia. En sentencia T-003 de 1997, la Corte indicó que incluye las pruebas practicadas con violación de los derechos fundamentales, lo que encontraría respaldo en la situación de vía de hecho por consecuencia. La pregunta central radica en si dicha violación implica la exclusión de la prueba indebidamente practicada, de otras derivadas de ella o de todas la (sic) pruebas. Conforme a la teoría del árbol envenenado, de origen anglosajón, se excluye la prueba en cuestión y aquellas que únicamente podrían haberse obtenido a partir de dicha prueba. Así, si existen otras pruebas que, de manera razonable, permiten arribar a las pruebas directamente relacionadas con la prueba practicada con violación del debido proceso, no pueden invalidarse. (p. 91-92)

Lo anterior nos sirve de introducción para así resaltar un hecho que puede parecer obvio y es que las discusiones y dificultades que han experimentado otros ordenamientos en la consolidación del concepto de la prueba ilícita naturalmente también se han presentado en nuestro sistema jurídico y es por ello que en muchas ocasiones, especialmente cuando la Jurisdicción se enfrenta a la resolución de casos concretos, su definición no parece ser tan clara o unánime como podría esperarse.

Por ejemplo, en muchas ocasiones el concepto de prueba ilícita se circunscribe a la vulneración de derechos fundamentales pero en otras también se alude a la violación de formalidades legales esenciales y esto ocurre porque la consecuencia jurídica que opera frente a una prueba ilícita (que supone la violación de una norma constitucional) y una prueba irregular (violación de formalidades legales esenciales) en ocasiones pareciera ser la misma y en realidad es la misma; tan es así que las sanciones o los controles establecidos por el legislador para regular la actividad probatoria, como son la exclusión, rechazo o inadmisión probatoria no parecen ser tan claros en su concepto y, lo más importante, en su alcance, y se aplican indistintamente a cualquier irregularidad.

De manera recurrente se citan algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia en los que se precisan algunos supuestos de violación de derechos fundamentales, constitutivos a su vez de prueba ilícita, no obstante, cuando se revisa la solución planteada en algunos casos o se confronta con la jurisprudencia de otras altas corporaciones judiciales, como ocurre con la Corte Constitucional, el concepto de prueba ilícita puede prestarse a ambigüedades, toda vez que si bien se trata de identificar algunas diferencias, por ejemplo, entre prueba ilícita y prueba ilegal, su consecuencia jurídica vendría a ser la misma, esto es, su exclusión.

Sobre el concepto de prueba ilícita, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente, lo cual ha sido reiterado en numerosos fallos:

“5.1 Se entiende por *prueba ilícita* la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad,

la no autoincriminación, la solidaridad íntima (Gómez, 2014, Art. 33²¹); 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”.

“La *prueba ilícita* debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta”.

(...)

“Pero además, como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial (...).”.

“5.2 La *prueba ilegal* se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior”.

“En esta eventualidad, corresponde al juez determinar 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”. (C.S.J. Sentencia de septiembre 7 de 2006, Rad. 21529)

Y algunos ejemplos básicos que se formulan como constitutivos de prueba ilícito son:

²¹ Art. 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

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

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

“(iii) ...de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal 9 o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691)

No obstante, cuando se aborda el problema jurídico que se presenta en un caso en concreto, pareciera que la diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular fuera sólo semántica toda vez que su exclusión operaría de la misma manera, lo cual genera confusión en su mismo significado. Así, encontramos los siguientes pronunciamientos:

- “En efecto, si lo procurado, en concreto, es la aplicación de la cláusula de exclusión, descrita en el artículo 29 Constitucional, y desarrollada en los artículos 235 y 237 de la Ley 600 de 2000, respecto de un medio de convicción que por vía del efecto reflejo que irradia una **prueba ilícita o ilegal** antecedente no podría integrar el acervo probatorio, corresponde establecer que i) **el medio de persuasión principal fue obtenido de forma sustancialmente ilegal o con violación de las garantías fundamentales**, ii) existe un vínculo fuerte de antijuridicidad entre ese elemento de convicción ilícito o ilegal y la prueba derivada que se tacha también de inválida porque la ilicitud o ilegalidad de la prueba originaria trasciende por su intensidad y nexo causal a la subsecuente, iii) ninguno de los criterios doctrinales y jurisprudenciales dominantes de desconexión entre una y otra prueba operó en el caso

particular, y iv) los restantes instrumentos de conocimiento sobre los cuales se fundó el fallo, son insuficientes para mantener la decisión de condena”.

(...)

“Suficiente se ha ilustrado por la doctrina y la jurisprudencia que la cláusula general de exclusión, de raigambre superior (inciso final del artículo 29 de la Constitución Política), según la cual «[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso», comporta un límite cardinal al poder punitivo del Estado que se vincula con las ideas de Estado de derecho y juridicidad de sus actos como de intangibilidad de las garantías esenciales del ciudadano, **lo cual implica la sanción de inexistencia jurídica para aquel medio de convicción aprehendido y/o practicado con total desconocimiento de las reglas legales de producción, práctica y aducción –ilegalidad- o con violación de las garantías fundamentales –ilicitud**” (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691). (Subrayas y negrillas nuestras).

Y lo anterior también parece confirmarse cuando trata de distinguirse entre la exclusión, rechazo o inadmisión de una determinada prueba:

- “Del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, se desprende que las partes y el Ministerio Público, por igual, podrán solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de las pruebas que resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”. (C.S.J. Sentencia de marzo 17 de 2014. Rad. 41741)
- “Sin embargo, la libertad probatoria así plasmada no es absoluta; así, el mismo ordenamiento impone la exclusión de los medios de prueba ilegales incluyendo los practicados, aducidos o conseguidos con violación de los requisitos formales previstos en él, según se infiere de los artículos 346 y 360, así como su *inadmisión*, cuando se concreten las circunstancias previstas en el artículo 376 siguiente”. (C.S.J. Auto de abril 27 de 2012 – Rad. 37462). (Subrayas nuestras).
- “Recuérdese que la inadmisión probatoria opera cuando, superados los problemas de licitud y legalidad (en ese orden), no se cumplen los requisitos de pertinencia (que el tema de la prueba se relacione con el tema del proceso), conducencia (que la prueba

sea apta para probar lo que se quiere demostrar a través suyo) y necesidad (que la prueba sea jurídicamente relevante, es decir, que haga falta, de modo que de no traerse al proceso, lo probado a través suyo quedaría sin acreditarse). **En contraste, los conceptos de rechazo y exclusión probatoria están más vinculados con la violación de derechos y garantías fundamentales.**

“Por lo tanto, ciertamente no es lo más riguroso hablar, como lo hizo el *a quo*, del ‘rechazo’ de algunas pruebas sino de su ‘inadmisión’, si lo que quiso expresar fue que la solicitud de práctica no sustentó las exigencias de pertinencia, conducencia y utilidad. No obstante, lo anterior, en tanto quedaron claras las razones de la decisión apelada, la confusión carece de relevancia”. (C.S.J. Sentencia de mayo 21 de 2014, Rad. 42864 (Destacado ajeno al texto).

- “Así las cosas, retomando el concepto acorde con el cual el recurso de casación opera a modo de control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, es claro que cuando se pretenda denunciar a través de esta impugnación extraordinaria los eventos de ilicitud como en los de ilegalidad que recaigan sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, **lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho”, y por consiguiente, lo procedente es denunciar la estructuración de un error de derecho por falso juicio de legalidad**”. (C.S.J. Sentencia de septiembre 24 de 2014 – Rad. 39249 (Destacado nuestro).

Es decir, se supone que la exclusión y el rechazo opera frente a violaciones de derechos fundamentales, sin embargo al momento de estudiarse cada uno en concreto se funden en un mismo escenario los conceptos de ilicitud e ilegalidad y es por ello que su distinción cobra importancia pero especialmente cuando se le compara con la inadmisión, la cual operaría sólo después de superar los dos estadios anteriores y haría referencia más a la pertinencia y utilidad de la prueba.

De hecho, si bien se quiere construir una distinción clara entre los conceptos de prueba ilícita e ilegal, como cuando se sostiene que en el evento de configurarse la primera de ellas, el

funcionario judicial siempre estaría obligado a descartarla del proceso y no valorarla al momento de dictar sentencia, caso contrario de la prueba ilegal cuyo campo de interpretación sería más amplio, dado que no operaría aquella consecuencia de manera inmediata, debiendo el funcionario analizar la naturaleza y trascendencia de la irregularidad que se acusa, de todas maneras el resultado sería el mismo, su exclusión o, incluso, su rechazo. Sin embargo, obsérvese que seguimos en el mismo rodeo argumentativo, toda vez que el estudio de su trascendencia –en cuanto a la ilegalidad- también supone un ejercicio de valoración, confrontación y ponderación de los posibles derechos fundamentales vulnerados, por ejemplo, su incidencia frente al debido proceso, por lo que el análisis siempre se va a traducir en la identificación de alguna violación o en la búsqueda de protección efectiva de algún derecho fundamental.

Por su parte, la Corte Constitucional también ha desarrollado este tema en numerosos pronunciamientos, pero sin que tampoco se observe unidad de criterio:

- “Con fundamento en lo anterior, estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión "solamente" que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, **sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta**. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia”. (C.C. Sentencia C-491 de 1995)

- “En primer lugar, la Corte es consciente de que la expresión "*de pleno derecho*", indica que ciertos efectos jurídicos se producen por la sola ocurrencia de determinados hechos, automáticamente, sin que importe lo que la voluntad humana (aun la judicial) pueda considerar al respecto, *verbi gratia*, la mayoría de edad, que es una calidad a la que se llega por la simple adquisición de una edad, sin necesidad de ninguna declaración especial. Sin embargo, se observa que para que algo pueda operar de

"*pleno derecho*", se exige que recaiga sobre hechos o circunstancias que no requieran de la intervención de la voluntad humana. Esto no ocurre con la institución de las nulidades procesales o probatorias, que es la consecuencia de vicios relevantes que no siempre son de fácil aprehensión. Como materia delicada en el trámite de los procesos, la seguridad jurídica, las exigencias del mismo debido proceso y el principio de que los asociados no deben hacerse justicia por su propia mano, indican que repugna con una interpretación armónica de la Constitución, la afirmación de que la nulidad del inciso final del artículo 29 opera sin necesidad de intervención de la rama judicial, prácticamente con la simple declaración unilateral del interesado. Por lo dicho, la Corte discrepa de la aseveración del actor en el sentido de que la nulidad constitucional del inciso final del artículo 29 de la Constitución, no requiere de sentencia judicial, como consecuencia del uso de la expresión "*de pleno derecho*" (...) Antes de efectuar el examen de cada una de las nueve causales de revisión, conviene dejar sentado, en lo que interesa al presente asunto, el sentido de la nulidad del artículo 29 de la Carta. **El inciso final de dicha disposición dice que "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Esta norma significa que sobre toda prueba "obtenida" en tales condiciones, esto es, averiguada y, principalmente, presentada o aducida por parte interesada o admitida con perjuicio del debido proceso, pende la posibilidad de su declaración judicial de nulidad".** (C.C. Sentencia C-372 de 1997)

- Ahora bien, la dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se encuentra recogida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política. El artículo en cita señala que "*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*" (...) En primer lugar, la Sala debe advertir que, de acuerdo con la jurisprudencia correspondiente, no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los 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 (...) "...las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. **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”. (Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) (...) En segundo lugar, de la existencia de irregularidades probatorias de contenido meramente procesal, es decir, que sólo afectan el aspecto formal del procedimiento, la Corte ha entendido que la irregularidad de la prueba puede derivarse tanto de su incompatibilidad con las formas propias de cada juicio como de su oposición a la vigencia de los derechos fundamentales. De allí que pueda establecerse una distinción entre la prueba ilegal, es decir, aquella que afecta el debido proceso en su concepción procesal formal y la prueba inconstitucional, esto es, aquella que afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial. Sobre este punto parece importante resaltar que la terminología usada por la Constitución Política para referirse a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso no debe entenderse rigurosamente circunscrita a las pruebas violatorias de las normas meramente procesales, sino a las garantías constitucionales de rango fundamental que puedan tener incidencia en los resultados del proceso. Por ello debe precisarse que la expresión usada por la Carta no se limita a los aspectos de trámite en la aducción de la prueba, sino a cualquier garantía fundamental que resulte afectada en el acto de administración de justicia”. (C.C. Sentencia C-233 de 2007)

Parece en extremo difícil diferenciar cuando se ha vulnerado el debido proceso en su concepción formal y cuando lo ha sido en sentido sustancial, por ello puede resultar fútil un extenso y cuidadoso análisis para tratar de desentrañar cada uno de ellos, más si lo que en definitiva importa es su incidencia frente a un derecho fundamental; adicionalmente, si la consecuencia es la misma, esto es la exclusión de la prueba y la valoración de si el fallo solo tiene como fundamento probatorio esa prueba ilegítima –sea ilícita o ilegal- para así decidir acerca de su revocatoria, la distinción entre ellas es aún más tenue.

Precisamente, en sede de casación, si se busca cuestionar la sentencia de segunda instancia por haber incorporado y valorado un medio probatorio que vulneró derechos fundamentales –prueba ilícita- o requisitos legales esenciales –prueba ilegal- o, en sentido contrario, se descartó su apreciación a pesar de cumplir objetivamente tales requisitos, deberá estructurarse el cargo conforme a la causal tercera de casación por error de derecho por falso

juicio de legalidad en la apreciación de la prueba, al configurar un error in iudicando y un elemento de juicio de gran importancia lo será, además de la obvia comprobación de la entidad de la irregularidad y su afectación de normas constitucionales y legales, la incidencia que ha tenido frente a la construcción del juicio de responsabilidad o inocencia, es decir, si ha sido definitiva en términos probatorios o, si por el contrario, se tienen otros medios de prueba que lo sustenten. En igual sentido, sería posible ejercer la acción de tutela por defecto fáctico ante la no exclusión de pruebas ilícitas dentro de un proceso, pero para “qué dé lugar a la anulación de una sentencia se requiere que éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena”. (C.C. Sentencia Su-159 de 2002)

Todos estos criterios y discusiones jurídicas resaltan la importancia del concepto de prueba ilícita, ante la necesidad de identificar qué tipo de irregularidades la constituirían y cuáles serían sus efectos frente a la legalidad del proceso y de la prueba en sí misma.

En consecuencia, tratando de integrar todos los conceptos anteriores, podemos definir la prueba ilícita como una irregularidad grave que vulnera, de manera considerable, los derechos fundamentales o las formalidades legales esenciales del proceso y que deberá ser excluida o rechazada por el funcionario judicial en el momento en que así lo advierta. Es decir, en la regularidad de los casos, la ilicitud sólo afectará a la prueba en sí misma, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Política cuando dispone que la prueba será nula de pleno derecho, no obstante, cuando la prueba haya sido obtenida mediante tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada, ejecución extrajudicial o con cualquier otra violación –grave-similar a los derechos humanos²² (C.C. Sentencia C-591 de 2005), la sanción se extenderá mas

²² “Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, **deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.** En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de *lesa humanidad* imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto,

allá de la prueba, afectando también la validez del proceso. Si bien la Corte Constitucional alude a delitos de lesa humanidad cometidos por agentes estatales, nada impide que este tipo de violaciones sean cometidas por otro sujeto procesal, como ocurre con la defensa, quien al tener los mismos derechos y obligaciones del órgano de persecución penal, sus actuaciones también deberán tener las mismas consecuencias.

1.3 Algunas Clasificaciones sobre las Prohibiciones de Prueba

Como complemento de lo anterior, las distintas clasificaciones que se han ido elaborando a la par de la conceptualización de la prueba ilícita, contribuyen en gran medida a la identificación de la fuente, naturaleza y consecuencias jurídicas de este tipo de irregularidades graves.

Es por ello que se encuentran distintas clasificaciones, las cuales se ajustan a las necesidades normativas, a la tradición jurídica o a las mismas experiencias de cada ordenamiento.

Por ejemplo, analizando el tema de las prohibiciones de prueba en el ordenamiento alemán, el profesor Guariglia (2005) sostiene lo siguiente:

Un análisis de los distintos intentos de categorización intentados hasta ahora por la dogmática demuestra que dentro del círculo de prohibiciones vinculadas a la incorporación y valoración de ciertos medios de prueba se agrupan distintos casos que presentan fundamentaciones también dispares. El común denominador de estos distintos casos es que en todos ellos el principio de averiguación de la verdad (Wahrheitserforschung) cede frente a otros principios en conflicto. La afirmación de que ciertos medios de prueba no deben ser incorporados al procedimiento ni valorado por el juez conlleva la limitación de un “principio esencial del procedimiento penal, concretamente el que el tribunal debe indagar la verdad y para ello debe extender de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “**motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza”.

oficio la incorporación de prueba a todos los hechos y medios de prueba que son significativos. (p. 6)

Y a nota a pie de página se agrega lo siguiente: “Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Suprema alemana –tal como emerge del mismo fallo citado- considera que la inadmisibilidad e invalidez de prueba procede sólo excepcionalmente cuando la ley así lo establece o cuando en el caso concreto motivos superiores así lo imponen”. (Guariglia, p. 7-8)

Veamos algunas de estas clasificaciones en distintos ordenamientos jurídicos:

a. Alemania.

En la doctrina Alemana se encuentra la teoría de las ‘prohibiciones probatorias’ (Beweisverboten) que distingue, en términos generales, entre la ilicitud generada por las fuentes de prueba y “los medios de aportación de las pruebas al proceso”. (González, 2005)

Las prohibiciones probatorias se dividen entre aquellas que se presentan al momento de practicarse, encontrando las prohibiciones de temas (vgr. Temas relacionados con la seguridad nacional), de medios (excepciones al deber de declarar) y métodos probatorios (vgr. Aquellos que busquen viciar o doblegar la voluntad, como declaraciones obtenidas bajo tortura o con el uso de algún suero de la verdad), y aquellas que operan al momento de su valoración, distinguiéndose, a su vez, entre prohibiciones dependientes (suponen la violación de normas legales) e independientes (comportan la vulneración de derechos fundamentales). (Bernal, 2012)

Por su parte, el profesor CLAUS ROXIN considera que las prohibiciones probatorias se dividen en dos grupos, a saber, las prohibiciones de producción de la prueba y las prohibiciones de valoración de la prueba.

Para explicar el concepto de las prohibiciones del primer grupo parte de varias premisas como que:

La obligación procesal penal de esclarecimiento no rige en forma ilimitada” o que “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal” o que “No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio” y de forma seguida expone una subclasificación de este tipo de prohibiciones que son: a) prohibiciones de temas probatorios según las cuales “determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba”; b) prohibiciones de medios probatorios dado que “determinados medios de prueba no pueden ser empleados”; c) prohibiciones de métodos probatorios ante la imposibilidad de “hacer uso de ciertos métodos” y d) prohibiciones probatorias relativas al “ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas. (Roxin, 2000, p. 90)

En cuanto a las prohibiciones de valoración probatoria, ROXIN distingue entre “prohibiciones de valoración probatoria dependientes (esto es, aquellas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de la prueba) y prohibiciones de valoración probatoria independientes (esto es, aquellas que no se basan en una lesión a la ley, sino que son derivadas directamente de la Constitución”. (Roxin, 2000, p. 194)

En relación con el primer subgrupo se parte de la idea que la prueba obtenida con violación de las condiciones en que debe producirse también debe conducir a una prohibición de valoración de sus resultados toda vez que no tendría ningún sentido aceptar el contenido de unas escuchas que han sido obtenidas con desconocimiento grave del procedimiento como lo sería un orden de interceptación que incumple los presupuestos materiales previstos para su obtención. Dentro de esta clase, Roxin menciona el derecho a guardar silencio y la prohibición de valoración del interrogatorio rendido con violación de tal principio fundamental del proceso penal o, en similar sentido, en aquellas ocasiones en que el imputado no es informado sobre su derecho a consultar un abogado y a pesar de ello declara o cuando los parientes del imputado o cierto grupo de profesionales rinden testimonio sin haber sido advertidos acerca del derecho que tienen de abstenerse a declarar. También se predicaría en aquellos casos en que se práctica una prueba, como un testimonio o una diligencia de inspección, con violación del derecho del imputado a estar presente en su desarrollo.

Pasando al segundo subgrupo, esto es, a las prohibiciones de valoración probatoria independientes “La valoración es absolutamente imposible cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y, con ello, la dignidad humana” (Roxin, 2000, p. 203) como ocurre cuando se trata de utilizar grabaciones magnetofónicas o filmicas secretas o un diario privado del imputado o de su esposa.

Aquí, como no se ha obtenido una prueba de manera ilegal, “se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible (...) Antes bien, el medio de prueba siempre es invalorable cuando se trata de violaciones graves o dolosas de derechos, debido a que el Estado no puede sacar provecho de inferencias sin fundamento legal”. (Roxin, 2000, p. 204 – 205)

b. España.

Generalmente en la doctrina española se hace la distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal, siendo la primera aquella que depende de un ‘hecho antecedente, concomitante, por fuera del proceso o, dentro del proceso, pero en un momento anterior a la práctica de la prueba, por lo que el vicio proviene de las fuentes de la prueba, y la segunda, esto es, la prueba ilegal, ‘es aquella practicada con violación de las normas procesales que regular su práctica o valoración’.

Para el autor Vicente Gimeno Sendra debe distinguirse entre la prueba ilícita, que se presenta cuando se desconoce cualquier tipo de ley, es decir, se trate de una norma constitucional o infraconstitucional (como podría ser una inspección realizada con violación de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal), y la prueba prohibida que supone la “violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales” (como la tortura) (Miranda, 2004, p. 18.)

Postura distinta es expuesta por Joan Picó I Junoy: “Para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita

comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración”. (Miranda, 2004, p. 20.)

Por otra parte, algunos autores proponen una clasificación dentro del género de la prueba ilegal así:

1º) la prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios, 2º) la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales, y 3º) la prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria. (Huertas, s.f. citado por: Miranda, 2004, p. 18)

Y otros que, sin depender de la tradicional distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal, plantean una clasificación más general: “Otras corresponden a B. PASTOR BORGONÓN, quien diferencia entre: a) <<materias excluidas de investigación>>, b) <<métodos de investigación totalmente excluidos>>, y c) <<métodos de investigación admisibles s se respetan las condiciones y requisitos>>”. (Armenta, 2009, p. 11.)

La profesora Teresa Armenta destino un capítulo de su libro titulado “La prueba ilícita. Un estudio comparado” (Armenta, 2009, p. 64.) a analizar las causas y clases de las distintas ilicitudes probatorias que se pueden presentar dentro del proceso, identificando las siguientes:

1. Según el elemento temporal, muchas de las irregularidades se presentan en un momento anterior al inicio formal del proceso o durante la fase de investigación, que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra a cargo de la Fiscalía General de la Nación y ésta es una de las razones por las cuales se realiza el control de legalidad –previo o posterior, dependiendo de la actividad a desarrollar (Ley 906 de 2004, Art. 213 y ss.) -, por parte de un Juez de Control de Garantías, a aquellos actos de investigación que pueden vulnerar derechos fundamentales, por lo que, en algunos casos, sólo podrán ser afectados por la autoridad judicial –control previo-, o en otros, se verificará si en su práctica se respetaron cabalmente los derechos fundamentales del inculpado o de terceros.

2. A partir del elemento subjetivo hace una sub clasificación entre el sujeto que cometió la ilicitud y el sujeto a quien le favorece. Dentro del primer grupo se analiza la situación del “sujeto público o privado”, del “sujeto privado sin conexión con la autoridad investigadora y del “agente encubierto y agente provocador”.

En Estados Unidos sólo es posible hablar de funcionarios públicos toda vez que, como su efecto disuasorio busca principalmente evitar que sujetos que ostentan ésta condición – pública- cometan cualquier ilicitud similar, la regla de exclusión o la sanción de ilicitud sólo opera si es cometida por alguno de ellos. Así también ocurre en México y en Francia. (Armenta, 2009, p. 69.)

No obstante, en este último país también se ha abierto la discusión frente a las actuaciones realizadas por particulares y ordenadas por los organismos policiales, por lo que también en estos casos se exigiría el respeto por el principio de lealtad y la observancia de las prohibiciones probatorias, como ocurre con cualquier servidor público.

Escenario distinto se presenta en el caso de particulares actuando autónomamente –aunque, dentro del cauce de un proceso-, es decir, sin depender de las órdenes impartidas por un organismo policial o por la autoridad judicial, como ocurre con las actividades desarrolladas por la defensa –trátese del abogado o de cualquier investigador o dependiente suyo), quien también deberá ajustar su actuación a las normas constitucionales y legales acerca de la formación y práctica de la prueba. Así ocurre en la normatividad colombiana, en la que, además de preverse expresamente la igualdad de derechos que en materia probatoria se predica tanto para el órgano de persecución penal como para la defensa, también, de manera correlativa, los ataría las mismas obligaciones que tienen sustento en el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, así como en el principio de lealtad.

Por último, debido a las graves consecuencias que actualmente se advierten frente a fenómenos de macrocriminalidad y delincuencia organizada se ha introducido la figura del agente encubierto, quien, como ocurre con cualquier servidor público, también deberá

observar las normas y reglas que restringen su actuación probatoria en protección de los derechos fundamentales.

Algunas discusiones sí parecen suscitarse frente a la figura del agente provocador, en referencia al caso español, en el que la jurisprudencia y doctrina han definido, en líneas generales, que será aceptado siempre y cuando se busque el esclarecimiento de los “delitos ya cometidos”, es decir, ‘cuando se no se haya inducido al autor a su comisión’. (Armenta, 2009, p. 72.)

No sobra destacar que en el sistema procesal penal colombiano, de acuerdo con los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, el análisis e infiltración de organización criminal y la actuación de agentes encubiertos no requiere autorización judicial previa sino sólo control de legalidad posterior.

Dentro del segundo grupo, esto es, dependiendo del sujeto a quién beneficia la ilicitud, lo que se busca destacar con ésta clasificación es el debate que se ha generado acerca de la admisión y/o valoración de pruebas ilícitas que pueden beneficiar al acusado o procesado, toda vez que sí la premisa es que ningún inocente podrá ser condenado con base en una prueba ilícita, como argumento a contrario, sí podría ser absuelto con base en la misma prueba –ilícita-.

Este tema, como parece obvio, tampoco es pacífico en la doctrina, no obstante Armenta cita casos en que sí se acepta, como ocurre en Brasil, donde la “doctrina defiende la aplicación de la prueba ilícita <<pro reo>> como aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa” y en Italia donde la jurisprudencia “contempla *l'utilizabilità a favore dell' imputato* como un caso indiscutido en que la legalidad debe ceder para no pagar un precio excesivamente alto”. (Armenta, 2009, p. 75-76.)

3. Partiendo de elementos normativos, Armenta distingue las prohibiciones probatorias derivadas: a) del objeto de los medios de prueba, como las declaraciones obtenidas “bajo tortura, coacción o amenaza (Armenta, 2009, p. 76.); b) de determinados medios de prueba

(la excepción del deber de declarar por parentesco o por secreto profesional); c) del carácter de las normas vulneradas, sea que comporte la vulneración de normas procesales u ordinarias, dándoles el calificativo de pruebas irregulares, o de normas constitucionales, correspondiendo, a partir de un concepto restringido, a una verdadera prueba ilícita.

c. Italia.

Hacia 1930, Eugenio Florián identificó ciertas excepciones a la regla general de que “todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba” (Guariglia, 2005, p. 10) presentándolas como “limitaciones al principio de libertad probatoria en materia penal” (Guariglia, 2005, p. 10), las que a su vez agrupa en limitaciones absolutas “referidas al objeto o tema de prueba (*tema probationis*) ... [y] se refieren a aquellos casos en los que el hecho o circunstancia a probar está excluido de la posibilidad de ser probado en virtud de una regla jurídica fundada en la defensa de un bien o interés jurídico superior que la utilización judicial del medio de prueba para la decisión de un caso concreto” (Guariglia, 2005, p. 10) y, segundo, “*limitaciones relativas* referidas a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluida la operación de valoración de la prueba ... [que] procede también de la ley, pero, a diferencia del primer grupo, no cierra definitivamente el acceso al objeto de prueba...o prohíben que un hecho en sí comprobable, lo sea a través de determinados medios... o bien ordenan que ciertos hechos específicos, establecidos en la ley, sean probados a través de ciertos medios, también fijados por la ley...”. (Guariglia, 2005, p. 10 y 11)

El Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988 prevé en su artículo 191 lo siguiente: “Las pruebas incorporadas al proceso violando las prohibiciones establecidas por la Ley no pueden ser utilizadas”. (Armenta, 2009, p. 38)

La figura que allí se consagra es conocida como la “*inutilizzabilità*” y comporta una prohibición de incorporación y de valoración de aquellas pruebas que vulneran una norma procesal, de modo que “se aplica independientemente de la vulneración de un derecho fundamental”. (Armenta, 2009, p. 41)

Muy seguramente por ello la jurisprudencia ha creado el instituto de la prueba inconstitucional, referidas a aquellos “elementos de prueba que están adquiridos con modalidades no disciplinadas por el Código, violando derechos fundamentales del individuo” (Armenta, 2009, p. 39), lo cual también ha generado discusiones acerca de si el texto constitucional puede encuadrarse en la noción de “Ley” prevista en el artículo 191 y así derivar las consecuencias de la “*inutilizzabilità*”.

Es por lo anterior que la doctrina ha creado la siguiente clasificación:

“*Inutilizzabilità general*, o propia para referirse a la prevista en el citado art. 191 CPP e *inutilizzabilità especial* en los casos en que la prueba se adquirió o practicó violando una prohibición probatoria concreta” (Armenta, 2009, p. 40) recogida en una norma procesal distinta, por ejemplo, cuando se vulnera la disposición que establece los requisitos para practicar una diligencia de interceptación de comunicaciones. Y la “*inutilizzabilità* relativa o impropia, al referirse a actos que no comprenden propiamente la normativa probatoria, sino que acontecen antes del juicio, conduce a excluirlos de la valoración en tanto en cuanto vulneren el principio de contradicción”.

En resumen, la ilicitud de una prueba puede derivar de un supuesto propio de la *inutilizzabilità general*, de la *inutilizzabilità especial* o de aquellos que generarían la declaratoria de nulidad (Armenta, 2009, p. 41), sin que sea necesario la comprobada violación de algún derecho fundamental. Y la prueba inconstitucional que sí entraña la vulneración de una garantía sustancial.

d. Colombia.

En el caso colombiano, encontramos varias clasificaciones que son coherentes con nuestro desarrollo constitucional y legal acerca de la prueba ilícita. Ya se había mencionado la clasificación de prueba ilícita y prueba ilegal o irregular expuesta por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional y, adicionalmente, también estas Corporaciones, apoyadas en la teoría anglosajona del fruto del árbol envenenado, han aludido a la prueba ilícita principal y a la prueba derivada. Así:

Así como un medio de prueba conseguido a través del ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, esto es, lesionando los más caros intereses del ser humano mediante instrumentos de presión psicológica o física prohibidos u omitiendo las reglas mínimas de validez del elemento de persuasión, es ilícito o ilegal, respectivamente y, por consiguiente, es merecedor de la máxima sanción invalidante de inexistencia, de igual forma, la probanza que surge del medio de convicción antecedente, ilícito o ilegal, también lo es y es objeto de idéntica consecuencia jurídica: la exclusión del acervo probatorio. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691)

Los suscritos magistrados acogemos plenamente al sector de la doctrina que plantea el tema de la prueba ilícita como aquella totalmente inadmisibles y que debe ser excluida del proceso, por cuanto valorar y apreciar la prueba ilícita obtenida mediante la violación de una norma de derecho procesal, material o constitucional es estimular y autorizar su consecución. Este planteamiento desarrolla la teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), según la cual las pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Al mismo tiempo esta doctrina tiene un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación. (C.C. Sentencia Su-159 de 2002)

En la doctrina nacional, el profesor José Joaquín Urbano expone que:

Son frecuentes las clasificaciones de la prueba ilícita. Así, se habla de pruebas ilícitas extraprocesales y procesales, si se tiene en cuenta el momento en que se produce la ilicitud; prohibidas, irregulares o inconstitucionales, si se considera la causa de la ilicitud o pruebas ilícitas materiales o personales si se trata de elementos materiales probatorios o si proviene de las personas a través de sus manifestaciones. Una diferenciación que debe tenerse muy presente, dadas sus implicaciones, es la existente entre prueba ilícita principal y prueba ilícita derivada (...) La solución por la que se

opta en este punto varía de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate pero entre nosotros, primero la jurisprudencia y luego la ley, han optado por extender la regla de exclusión a la prueba ilícita derivada, salvo que concurran situaciones específicas frente a las cuales se afirman su existencia y validez. (Urbano, 2006, p. 276)

El profesor Jaime Bernal Cuéllar “distingue entre la prueba ilícita y la prueba clandestina; lo ilícito implica una conducta no permitida por la ley, mientras que clandestino es comportamiento oculto o en términos generales opuesto a lo realizado públicamente. Para este autor ordinariamente el único bien jurídico lesionado para la obtención de la prueba clandestina es el derecho a la intimidad o privacidad”. (Miranda, 2004, p. 18)

Tomando como referencia la teoría germana acerca de las prohibiciones probatorias, el profesor Oscar Julián Guerrero sostiene que “la doctrina tradicional distingue dos aspectos: *prohibiciones de empleo de material probatorio independiente*, las cuales corresponden a aquellos casos en donde no existe ninguna infracción legal en la adquisición de evidencia, pero en las que se impondría una prohibición de empleo por la protección constitucional que existe sobre la evidencia recolectada. El ejemplo más recurrente se refiere al registro de documentos privados (...) En segundo lugar existen *prohibiciones de empleo de material probatorio dependiente*. Estas corresponden a errores o ilegalidades en la obtención probatoria que realmente determinan una prohibición posterior de utilización del material obtenido. El ejemplo más recurrente a este respecto se apoya en los métodos de interrogatorio prohibidos de los capturados, imputados o testigos, esto es, las advertencias sobre su derecho a permanecer en silencio y obviamente a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*)”. (Guerrero, 2011, p. 457-458)

Podríamos continuar exponiendo numerosas clasificaciones, más o menos parecidas a las anteriores, para entender las distintas manifestaciones de la prueba ilícita, sin embargo, todas éstas resumen las hipótesis más comunes y significativas. De todas maneras, lo que se advierte de este ejercicio de clasificación, más allá de un trabajo teórico, es una importante utilidad práctica, al permitir determinar los distintos momentos procesales en que se pueden configurar,

la naturaleza de cada uno de estos posibles vicios y las consecuencias que cada una de ellas puede tener frente a la prueba en sí misma considerada como frente al proceso.

No se trata de acoger una clasificación rígida que implique descartar aquellos supuestos que no se encuentren enlistados o recogidos en los distintos grupos que se han mencionado, pero sí permite comprender las distintas formas como se puede materializar este tipo de irregularidades sustanciales e identificarlos dentro del proceso.

Creemos que estas clasificaciones no se reducen a simples trabajos académicos o que su finalidad sea sólo ilustrativa, sino que es un verdadero complemento al concepto de prueba ilícita, que permitirán identificar el fuente o el origen de estas irregularidades, el momento en que se puede presentar, esto es, antes del inicio formal de las diligencias o en su desarrollo, su naturaleza, alcance y las implicaciones jurídicas que puede acarrear frente a la validez de la prueba y del proceso en general.

No obstante, al momento de analizar casos concretos, básicamente aquellos conocidos por parte de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, si bien se advierte que se hace un empleo adecuado del concepto de prueba ilícita y se tienen claros los fines que se buscan cumplir con la aplicación de la regla de exclusión, la solución proporcionada no es coherente con su sustento constitucional –de protección efectiva de derechos fundamentales–, toda vez que en muy pocas ocasiones la exclusión de una prueba ilícita o ilegal tiene real incidencia en la decisión de fondo. De hecho, en numerosas sentencias, parece más importante el objetivo de mantener una decisión de condena que una verdadera actividad de análisis y verificación de la trascendencia de una irregularidad frente a la debida protección de derechos fundamentales y es por ello que en muchas ocasiones la irregularidad se estima como irrelevante o, cuando es indiscutible su configuración e importancia frente a las formas propias del juicio o de las garantías sustanciales de uno de los sujetos procesales, de todas maneras el juicio de responsabilidad se mantiene al existir siempre otros medios de prueba que en apariencia lo respaldan con suficiencia.

Si bien una clasificación no reemplazará el ejercicio de ponderación que deberá realizar la autoridad judicial frente a cada hipótesis en concreto, si contribuye a reducir la ligereza e

improvisación que a veces parece estar presente en la resolución de ciertos casos, al disponerse de elementos concretos que permitan valorar la irregularidad que se denuncia, su repercusión frente a los derechos y garantías fundamentales y sus efectos dentro del proceso, dependiendo del momento en que se haya advertido su configuración.

Creemos que aún falta bastante trabajo por realizar en este tema en específico y es por ello que resulta bastante tentador remitirnos simplemente a clasificaciones adoptadas en otras latitudes, tal como lo hemos hecho con la doctrina alemana, española o la jurisprudencia norteamericana, sin embargo es indispensable que utilicemos las experiencias de esos otros ordenamientos como un punto de referencia para ajustar la teoría de la prueba ilícita y la regla de exclusión a nuestras propias necesidades sociales y normativas.

1.4 La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita y sus Excepciones

De un lado podemos encontrar una defensa férrea de las prohibiciones probatorias y, más exactamente, de la necesidad de excluir las pruebas ilícitas que traten de incorporarse o que ya hagan parte de un proceso, la protección de los derechos fundamentales debe prevalecer incluso sobre el principio de la búsqueda de la verdad –material-.

En contrapartida, parece difícil encontrar una postura radical que llegue a convalidar o a defender cualquier uso desmedido de la fuerza o la comisión de algún acto arbitrario o desproporcionado, sólo en justificación de la sanción efectiva de las conductas punibles de las que se tenga conocimiento. Pero lo que sí se encuentran son críticas bastante serias sobre el peligro de exacerbar estas garantías más por el respeto a la forma que por cumplir realmente alguna finalidad.

Todo esto lo que resalta es la necesidad de buscar el equilibrio entre el respeto cabal de los derechos fundamentales del individuo frente a la protección de la sociedad, en contra de los actos que tratan de deslegitimarla o vulnerar bienes jurídicos de gran importancia como los que son objeto del derecho penal.

Dentro de esa primera postura, frecuentemente se escuchan frases como que la búsqueda de la verdad no se puede lograr de cualquier manera o que el Estado no puede recurrir a los mismos métodos de quien ha transgredido las normas²³. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691)

Este argumento es expuesto de manera notable por el profesor JOSÉ MANUEL CHOZAS (2006), así: “La teoría de la prueba ilícita parte de la siguiente idea-fuerza: la mejor garantía para proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos radica, precisamente, en negar valor probatorio a aquellas pruebas que, ya sea en su obtención o en su práctica, hayan violentado dichos derechos fundamentales”. (p. 80)

Como se recordará de lo indicado anteriormente, la regla de exclusión acogida en el derecho norteamericano ha tenido su sustento principal en la cuarta y quinta enmiendas de la Constitución. Y se menciona aquí dado que estas reglas de inadmisión y exclusión probatoria, así como la teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones han sido importadas a nuestro sistema jurídico y han respaldado reformas legislativas y numerosas sentencias que han acogido sus planteamientos.

El origen de la regla de exclusión, como ya se explicó, se encuentra en la solución del caso *Weeks vs Estados Unidos* y a partir de este momento se encuentra un nutrido desarrollo jurisprudencial, que ha apuntado en distintas direcciones hasta llegar a un estado actual que muchos califican como de involución o retroceso frente a la protección de los derechos constitucionales.

En 1928, en el caso conocido como *Olmstead vs Estados Unidos*, el Juez Oliver Wendell Holmes se apartó de la mayoría que votaba por una sentencia condenatoria por cargos de consumo y tráfico de drogas con base en una interceptación telefónica ilegal y en su oposición manifestó lo siguiente:

²³ Así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia Colombiana: “Esto, debido a que la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad”.

Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para tal fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente (...) Es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno. (Armenta, 2009, p. 11)

Más adelante, un caso importante, fundado en la cuarta enmienda, fue el de *Mapp vs Ohio* (1960) en el cual se indicó lo siguiente: “la Corte Suprema argumentó que la regla de exclusión era vital para proteger los derechos constitucionales, es decir, la decisión se preocupa por la definición y significado de lo que debe entenderse por un ‘registro no razonable’ además de hacer una serie de aseveraciones importantes frente a la intimidad y privacidad de las personas, debido al delito por el que se había procedido (posesión de material pornográfico)”. (Guerrero, 2011, p. 421-422).

Y en relación con la quinta enmienda, un caso conocido ampliamente es el de *Miranda vs Arizona* (1966) a partir del cual se impone la obligación de ponerle de presente al capturado sus derechos constitucionales²⁴, más cuando se pretende obtener su declaración.

Dada la importancia de este caso, nos parece indispensable realizar una transcripción mayor de varios de sus apartes, así:

El 13 de marzo de 1963, el recurrente, Ernesto Miranda fue detenido en su domicilio y puesto bajo custodia en una estación de policía de Phoenix. Él fue identificado por el denunciante en declaración. El policía entonces lo llevó a la "sala de interrogatorios No. 2" de la oficina de detectives. Allí fue interrogado por dos agentes de policía. El funcionario admitió en el juicio que Miranda no fue informado que tenía derecho a tener un abogado presente. Dos horas más tarde, los oficiales salieron de la sala de interrogatorios con una confesión por escrito firmada por Miranda. En la parte

²⁴ Tiene el derecho de permanecer callado; Cualquier cosa que diga, puede usarse y se usará en su contra, en la Corte; Tiene el derecho de consultar a su abogado y que lo acompañe durante su interrogatorio; Y si no tiene para pagar un abogado, se le designará uno de oficio para representarlo.

superior de la declaración había un párrafo escrito en el que se afirmaba que la confesión se hizo voluntariamente, sin amenazas ni promesas de inmunidad y "con pleno conocimiento de mis derechos legales, la comprensión de cualquier declaración que hago puede ser usado en mi contra'.

‘En el juicio ante un jurado, la confesión escrita se admitió como prueba a pesar de la objeción del abogado defensor y los oficiales rindieron testimonio sobre la confesión oral previa que realizó Miranda durante el interrogatorio. Miranda fue declarado culpable por secuestro y violación. Fue condenado de 20 a 30 años de prisión por cada cargo y las sentencias se ejecutarían simultáneamente. En la apelación, la Corte Suprema de Arizona sostuvo que los derechos constitucionales de Miranda no fueron violados en la obtención de la confesión y confirmó la condena. Para adoptar su decisión, la Corte enfatizó fuertemente el hecho de que Miranda no había solicitado específicamente consejo. (S.C.E.U. Sentencia de junio 13 de 1966 – N° 759)

Y por ello se adopta la siguiente decisión:

Revocamos. A partir de los testimonios de los funcionarios y por la admisión de la demanda, es claro que Miranda no fue de ninguna manera informado acerca de su derecho a consultar con un abogado y tener uno presente durante el interrogatorio, ni su derecho a no ser obligado a autoincriminarse, derechos que deben ser efectivamente protegidos en cualquier caso. Sin estas advertencias, las declaraciones eran inadmisibles. El mero hecho de haber firmado una declaración que contenía una cláusula mecanografiada declarando tener "pleno conocimiento" de sus "derechos legales" no se acerca a una renuncia consciente e inteligente, la cual es exigida en la renuncia de los derechos constitucionales (...) En los tribunales federales, el requisito de la voluntariedad no está satisfecho sólo porque simplemente se estableció que la confesión no fue inducida por una promesa o una amenaza. Una confesión es voluntaria en derecho sí, y sólo sí, se realizó voluntariamente. Una confesión pudo haber sido dada voluntariamente, a pesar que se hizo a los oficiales de policía, estando en custodia y en respuesta a un examen realizado por ellos. Pero una confesión obtenida mediante coacción debe ser excluida, cualquiera que haya sido la naturaleza de la coacción y así la coacción se ejerza dentro de un procedimiento judicial o en cualquier otro. (S.C.E.U. Sentencia de junio 13 de 1966 – N° 759)

Precisamente, durante esta época, en la cual la presidencia de la Suprema Corte fue ejercida por el Juez Earl Warren, la regla de exclusión tuvo un enorme desarrollo, con fallos notorios que hasta la fecha siguen siendo objeto de análisis y discusión.

Sin embargo, de manera paralela a este desarrollo, también se formularon muchas críticas acerca de los beneficios que realmente tenía la regla de exclusión, toda vez que en ocasiones no parecía ser suficiente el elemento disuasorio que podría tener frente a los agentes de policía o, incluso, de protección real a los derechos de los ciudadanos que decía resguardarse.

Por ejemplo, dentro de este grupo se encuentra un caso de 1928, conocido como *The people vs Defoe*, donde el juez Benjamín Natham Cardozo se mostró en desacuerdo frente a la absolución del procesado sólo con el fin de proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio. (Armenta, 2009, p. 11.)

Y en esta línea se encuentran distintos autores, quienes si bien no cuestionan el reconocimiento de derechos constitucionales y privilegios fundamentales del inculcado –como ocurre con el de no autoincriminación–, sí discuten el alcance que ha tenido y su eficacia frente a casos relevantes y no simplemente en aquellos que se investigan delitos menores, a los cuales parece haberse reducido la aplicación de la regla de exclusión.

El profesor William T. Pizzi (1999), analiza algunos casos dudosos de la jurisprudencia y a partir de ellos realiza un análisis crítico, resaltando las dificultades y deficiencias del sistema jurídico norteamericano.

En relación con la sentencia del caso “Miranda”, el profesor Pizzi (1999) sostiene que:

Mis objeciones contra las sentencias de la Corte Warren sobre el privilegio contra la autoincriminación, como contra la regla de exclusión y otros muchos derechos, o se dirigen contra los objetivos que subyacen a lo que la Corte pretendía hacer, sino más bien contra los extremos a los que llegaron. En lugar de proteger a los sospechosos frente a las coacciones y los malos tratos a manos de la Policía, la Corte dejó en manos del sospechoso la decisión misma sobre si ser interrogado o no, independientemente

de que los interrogatorios se llevasen a cabo con la máxima corrección (...) Pero el problema en nuestro país es que los sospechosos tienen que invocar *expresamente* su derecho a permanecer en silencio o a contar con la presencia de un abogado después de haber sido instruidos con las advertencias *Miranda* para evitar ser interrogados: y en situaciones en las que el sospechoso está asustado o preocupado por las consecuencias que le puede acarrear negarse a colaborar con la Policía, hace falta valor para atreverse a afirmar ese derecho. Además, la Policía ha terminado por adquirir una gran habilidad para manipular a los sospechosos y hacerles más difícil cortar el interrogatorio. (p. 94 y 95)

Y por ello concluye lo siguiente:

La fiabilidad de los procesos de un sistema de justicia penal depende directamente de las posibilidades que tenga la Policía de obtener pruebas. Pero toda investigación estará incompleta si la Policía no tiene la posibilidad de hacer preguntas a los sospechosos y ponerlos ante lo que aparentemente son pruebas incriminatorias (...) Además de crear un sistema que favorece desproporcionadamente a los sospechosos que tienen medios económicos o experiencia delictiva, la línea jurisprudencial de *Miranda* introduce un elemento de deshonestidad en el sistema en cuanto que los agentes de Policía distorsionan sus declaraciones para evitar la inadmisión de afirmaciones incriminatorias del sospechoso, y los Jueces están más que dispuestos a declarar válidas las renunciaciones a los derechos declarados por *Miranda* sobre la base de que el testimonio fue prestado de manera <<formada e inteligente>>, cuando todo el mundo sabe que no fue así. El sistema procesal se llena así de cinismo en cuanto que se presupone y tolera un cierto nivel de deshonestidad en todos los que intervienen en él: incluso en los agentes de Policía y en los mismos Jueces. (Pizzi, 1999, p. 96-97)

Creemos que se hace una crítica seria y sustentada acerca de la finalidad o de la utilidad de la regla de exclusión, toda vez que, además de operar sólo frente a casos menores y en los cuales los sospechosos tienen un alto nivel de reincidencia, lo que aseguraría que ingresaran casi que indefectiblemente al sistema jurídico en uno u otro momento, impone muchísimas trabas que sólo perturban el normal desarrollo de la actividad investigativa y del proceso en sí mismo,

además del enorme costo para la protección de las garantías sociales y de la búsqueda de la verdad.

Precisamente, en varios estudios realizados en Norteamérica se ha evidenciado que sólo un número muy reducido de casos han sido desestimados en aplicación de la regla de exclusión y que no suelen ser por delitos violentos, como homicidio o abusos sexuales, sino sólo en procesos por delitos menores (Martínez, 2003, p. 71-72)²⁵. De hecho se ha visto, por el contrario, un importante crecimiento en las tasas de encarcelamiento, por lo que se duda de la verdadera efectividad de esta regla, específicamente frente a la protección de los derechos del sospechoso de haber cometido una conducta punible.

En la actualidad, como se mencionó anteriormente, el ordenamiento jurídico norteamericano está experimentando una etapa que muchos autores no dudan en calificar como regresiva, en términos de protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, y en este contexto ha surgido la Teoría de la ponderación entre costos y beneficios como rasero para la aplicación de la regla de exclusión, a partir de la cual “se sopesan los costos para la administración de justicia penal frente a las ventajas que le daría a la jurisprudencia una nueva

²⁵ “Un análisis estadístico muy interesante de esta situación en Norteamérica refleja que <<la regla de la exclusión sólo es responsable de la puesta en libertad de un número insignificante de acusados, la mayoría de los cuales no suelen estar envueltos en delitos violentos. Así, la *exclusionary rule* nunca suele ser un factor decisivo en los casos de homicidio, violación o robo. Los propios estudios del gobierno norteamericano muestran, y así lo han hecho durante más de una década, que sólo una pequeña fracción de los casos que son desestimados, lo son porque las pruebas hayan sido excluidas del proceso. Por ejemplo, en 1978, se estudiaron 2804 casos de 38 Abogados del Estado durante dos meses. Los resultados mostraron que: - De todos los casos presentados a estos abogados, sólo el 0.4% fueron desestimados por problemas relacionados con la violación de la Cuarta Enmienda . – La prueba fue excluida en juicio como resultado de la aplicación de la Cuarta Enmienda en sólo un 1,3% de los casos. – Más del 50% de los acusados a quienes se garantizó la supresión total o parcial del material probatorio ilícitamente obtenido, fueron de todos modos declarados culpables. En 1982, un estudio del Instituto Nacional de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos, sobre los efectos de la *exclusionary rule* en los procesos estatales llegó a resultados similares. A saber, sólo un 0.79% de todos los casos por delitos de importancia analizados en el Estado de California, en un período de 3 años, no llegaron a juicio por aplicación de la regla de la exclusión y la mayoría de estos casos se referían a delitos por posesión de drogas no a delitos violentos. Más allá, sólo el 0.4% de los casos por delitos importantes que llegaron a la Corte Superior de Justicia de California durante el mismo período fueron desestimados por problemas en el registro o en la detención. Por tanto, parece que los supuestos en los que se produce la desestimación como consecuencia de la aplicación de la regla de la exclusión son insignificantes en comparación con las otras razones por las que tal desestimación puede producirse. En consecuencia, la regla de la exclusión, tal y como estaba formulada antes de la actuación del Congreso, no ataba las manos de la policía ni de los abogados. Si así hubiera sido, sería difícil explicar el gigantesco crecimiento de la población encarcelada en las dos últimas décadas o el hecho de que EE.UU tenga la tasa per capita de encarcelamientos más alta del mundo industrializado>> (vid. EUSAMIO, E. <<La jurisprudencia norteamericana sobre los efectos del material probatorio ilícito: la regla de la exclusión>>

aplicación de la regla. Si los beneficios se mantienen agregando un *plus* a la discusión de protección efectiva de los derechos constitucionales vulnerados la regla se aplica, de lo contrario se deben aceptar los materiales levantados con vulneración de las garantías constitucionales”. (Guerrero, 2011, p. 428-429)

Como era de esperarse, esta teoría ha sido apoyada por unos y criticada por otros, al considerarse, de un lado, “que un ‘test’ entre la invasión a la privacidad y las necesidades de investigación realmente resulta necesario” y, del otro, “que los derechos ciudadanos consagrados constitucionalmente no pueden estar sujetos a un examen de semejantes características. Además el problema de una ponderación de costos está sujeta en un modelo de derecho de creación judicial a una suerte de discrecionalidad difícilmente aceptable”. (Guerrero, 2011, p. 429)

En Colombia también se han experimentado dificultades similares, en el sentido de no existir en muchas ocasiones correspondencia entre los postulados de la prueba ilícita y los presupuestos y contenido de la regla de exclusión con la solución concreta que se proporciona en los estrados judiciales a los casos en donde ella se plantea, no obstante, toda la ilustración que aquí se ha hecho acerca de su origen, características principales, los significados que en distintas latitudes se le han conferido, sus consecuencias jurídicas, entre otras, aportan elementos de juicio importantes que permitirán abordar este tema desde una perspectiva analítica y, por supuesto, crítica.

La doctrina nacional e internacional han explicado el concepto de la prueba ilícita, de la prueba derivada y la justificación para excluirlas del proceso penal a partir de diversas teorías, encontrando, entre las más importantes, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la cual por cierto ha sido acogida por nuestra legislación y jurisprudencia nacionales.

1.4.1 Teoría de los frutos del árbol envenenado.

Durante mucho tiempo se planteó el interrogante acerca de si todas las pruebas que resultaban como consecuencia de una prueba ilícita debían o no ser excluidas del proceso, es decir, si las pruebas que surgían a partir de la información obtenida a través de la prueba ilícita

podían ingresar al proceso y ser valoradas por el juez, por ello para tratar de dar respuesta a tal cuestionamiento se propuso la teoría de los frutos del árbol envenenado. “El peculiar nombre se le debe al juez norteamericano Frankfurter quien acuñó la expresión en el año de 1939. Los antecedentes de la doctrina se encuentran en la decisión *Silverthorne Lumbre Co. Vs Estados Unidos* del año de 1920”. (Guerrero, 2011, p. 431)

En una línea similar al caso *Weeks Vs Estados Unidos* referidos anteriormente, en este último caso (*Silverthorne Lumbre Co.*) se analiza la posibilidad de emplear y valorar documentación contable obtenida a partir de un allanamiento ilegal, como quiera que fue precisamente la entrada ilegal lo que permitió analizar la información que posteriormente se solicitó fuera exhibida e incorporada al juicio, a la cual se rehusaron los procesados. La Corte Suprema de Justicia, en aplicación de la cuarta enmienda, “argumentó que las autoridades de persecución penal no pueden usar la información obtenida durante un registro ilegal a efectos de solicitar posteriormente una orden para la obtención legal de unos documentos” (Guerrero, 2011, p. 431). Aquí también se hace uso del criterio de fuente independiente al sostener que “no significa que los hechos constatados de esa manera lleguen a ser sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se adquiere de una fuente independiente, ellos pueden ser probados como cualquier otro, pero el conocimiento obtenido por la vulneración del gobierno no es factible usarlo en el sentido expuesto”. (Guerrero, 2011, p. 432)

Con posterioridad, el ya nombrado juez Frankfurter en la decisión *Nardone Vs Estados Unidos*, de 1939, habló de los frutos envenenados y estipuló la necesidad de poner límites al uso indirecto de pruebas obtenidas con vicios de constitucionalidad fundamentado en el hecho de que no introducir una cortapisa en la jurisprudencia a esas prácticas policiales era tanto como invitar a las autoridades de persecución penal a vulnerar la Constitución con grave perjuicio para los supuestos éticos en los que se basan las libertades personales. No obstante, en esta misma decisión se sentaron los precedentes excepcionales relacionados con la llamada doctrina del ‘vínculo atenuado’, al reconocerse que la impugnación de una evidencia que no tiene una fuente independiente, puede aun ser admitida, cuando sea factible probar que la conexión entre la prueba ilícita y la obtención probatoria por parte de las autoridades es lo suficientemente lejana como para disipar la mácula. (Guerrero, 2011, p. 432)

Según esta teoría si la prueba derivada tiene un vínculo estrecho o cercano o surge como consecuencia de la prueba ilícita, apareciendo ésta última como su causa o condición para su producción, la prueba derivada debe ser igualmente excluida de la investigación dado que se encuentra contaminada por la ilegalidad de aquella.

La exclusión de la prueba ilícita y de la prueba derivada parece necesaria no sólo como sanción procesal, al impedir su incorporación o valoración dentro del proceso, sino útil como mensaje de disuasión para los sujetos procesales y, en especial, para la policía judicial, toda vez que de nada serviría que sólo la ilegalidad inicial tuviera consecuencias dentro de la actuación, pero no así sus ramificaciones, las cuales también desconocerían derechos fundamentales, por lo que su sentido de protección, frente a las garantías de los ciudadanos, perdería completamente su valor o su razón de ser.

Al respecto la doctrina ha afirmado:

“(...) Esta doctrina tiene como sustento una relación de causa a efecto, si la prueba objeto de estudio deviene, por una relación causal, de una prueba excluida, aquella también debe ser excluida. Nuestro código utiliza para referirse a esa relación las frases “que sean consecuencia o que solo puedan explicarse”, que es una manera de cualificar la relación a la cual nos hemos referido (...)”. (Parra, 2006, p. 800)

“(...) Para reconsiderar una determinada prueba como fruto de un árbol envenenado hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica; esclarecer cuándo la ilegalidad primera es condición sine qua non y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no se hubiesen obtenido de no mediar la legalidad original (...)”²⁶. (Cadena y Herrera, 2005, p. 43 y 44)

²⁶ En igual sentido MIDÓN, Marcelo Sebastián. afirmó“(...) Los tribunales de Estados Unidos han entendido que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas en el procedimiento inicial, sino además todas las restantes evidencias que son “el fruto de la ilegalidad originaria”

“ (...) Dentro de esta posición doctrinaria existe el llamado “efecto reflejo” de la prueba ilícita o también llamado “efecto dominó”, consistente en que la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, “contaminando las restantes diligencias que de ella se deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (...)”. (Berdugo, s.f., p. 322)

Nuestra legislación procesal penal acoge esta teoría en el artículo 23 del C.P.P.²⁷ (Ley 906 de 2004) en el cual se establece que todas las pruebas que sea consecuencia de las pruebas excluidas recibirán igual tratamiento.

De acuerdo con lo anterior, la ilicitud de una prueba también contamina a aquella prueba que depende o se derive de ella, no obstante, en atención a los mismos criterios establecidos por esta teoría anglosajona, existen algunas excepciones a esa regla general por lo que se admitirán, en ciertos casos, aquellas pruebas secundarias.

Así también se acoge en nuestra jurisprudencia nacional que ha explicado lo siguiente sobre el particular:

La salvedad se funda al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja o derivada para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una *fuentes independiente (independent source)*, es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o tiene un *vínculo atenuado (purged taint)* con la principal; o (iii) se trata de un *descubrimiento inevitable (inevitable discovery)*, en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. También se habla de otros criterios como el de la *buena fe en la actuación policial* y el *acto de voluntad libre* cuando la

²⁷ “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**”. (Destacado nuestro).

persona asienta la práctica de la prueba. (C.S.J. Sentencia de julio 2 de 2014 - Rad. 37361)

Pasaremos a continuación a explicar cada uno de esos criterios.

1.4.1.1 El vínculo atenuado. Esta primera excepción hace referencia a la relación causal cercana que puede o no existir entre la prueba ilícita y la(s) prueba(s) derivada(s); cuando se habla de cercana se quiere dar a entender que la prueba derivada debe ser la consecuencia o el efecto obvio de la prueba ilícita o, en otras palabras, su existencia solo puede explicarse a través de ella.

Puede ocurrir que la cadena causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada sea muy larga y no exista una conexidad o cercanía sólida, por lo que ésta última puede ser admitida y valorada por el juez, al no estar contaminada de ilicitud, dado que, ante este escenario, también la mancha de ilicitud de la primera prueba se habría desvanecido en ese curso causal²⁸. (Farfan, 2008, p. 232)

La doctrina ha planteado algunos criterios que pueden ayudar en la tarea de valorar y decidir acerca del grado de intensidad del vínculo entre la prueba ilícita principal y la derivada²⁹ (Farfan, 2008, p. 228 y 229)

, aportando así elementos objetivos que no hagan tan voluble o etéreo este análisis. Se han expuesto los siguientes:

- Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primaria y la obtención de las pruebas derivadas. Si la obtención de la prueba derivada es inmediata a la producción de la prueba ilícita podemos afirmar que la cadena causal entre las dos es muy cercana por lo que aquella debe ser excluida; por el contrario, si entre la prueba derivada y la prueba ilícita ha transcurrido un

²⁸ “(...) Para reconocer la noción de atenuado es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error o la conducta de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la constatación de una ilegalidad anterior. (...)”.

²⁹ Para determinar cuando se rompe el nexo causal o directo entre la prueba originalmente ilegal y la prueba de cargo derivada de esa la Jurisprudencia Norteamericana ha establecido tres criterios: por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud original y la nueva fuente. Por otro, la intencionalidad del agente o Juez, y el efecto disuasorio que sobre él podía tener la inadmisión de la prueba; y por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza de la ilicitud, es decir, el resultado.(...)”

tiempo considerable, la ilicitud puede haberse desvanecido, por lo que puede ser admitida y valorada.

- Acontecimientos intervinientes entre la prueba ilícita y la prueba derivada. Si en la cadena causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada se han presentado varios eventos u otros acontecimientos, la ilicitud de la segunda se ha disminuido haciendo posible su valoración.
- Gravedad de la ilicitud. Cuanto más grave sea la violación de derechos y garantías fundamentales acaecidas con la obtención de la prueba ilícita, menor será la probabilidad de valorar la prueba derivada.
- Naturaleza de la prueba derivada: si en la prueba derivada existe algún grado de voluntariedad, por ejemplo, un testimonio o confesión, tal prueba puede ser valorada.

Según Parra Quijano (2006), citando a Chiesa:

(...) i) si la cadena entre la evidencia impugnada y la ilegalidad primaria es larga o el vínculo sólo puede demostrarse mediante argumento sofisticado, la exclusión no es apropiada. En tal caso es altamente improbable que la policía previera la evidencia impugnada como una consecuencia probable de su ilegitimidad; luego no podía ser una fuerza que motivara la conducta ilegal. De ahí que la amenaza de exclusión no puede operar como disuasorio en esta situación. ii) Lo mismo vale decir cuando la evidencia se usa para un fin relativamente insignificante o altamente inusual. Bajo estas circunstancias, no es probable que, al momento de la ilegalidad primaria, la policía previera o estuviera motivada por el uso potencial de la evidencia, por lo que la amenaza de exclusión no tendría efecto disuasivo. iii) Habida cuenta que el propósito de la regla de exclusión es desalentar conducta oficial indeseable, cuando tal conducta es particularmente ofensiva, el efecto disuasivo debe ser mayor y, por ende, más amplio el alcance de la regla de exclusión. (...). (p. 802)

No basta con advertir la presencia de uno sólo de estos criterios para entender automáticamente que la prueba derivada debe ser admitida y valorada dentro del proceso, por lo que aquí entrará en juego el análisis integral de todos los elementos de juicio disponibles dentro

de la actuación y el cumplimiento de las cargas de argumentación que permitan justificar su decisión.

1.4.1.2 La fuente independiente. A pesar de no tratarse realmente de una excepción al constituir una consecuencia obvia de una prueba que ha sido producida con observancia de las formalidades legales y de los derechos fundamentales, bajo este criterio se explica que la prueba derivada será lícita y, por tanto, admisible y susceptible de valoración si ha sido obtenida de manera independiente o no se deriva de la prueba ilícita, es decir, cuando no exista una relación causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada toda vez que esta última proviene de un árbol sano y libre de vicios.

Si bien una prueba puede ser excluida del proceso por considerársele ilícita, esto no significa que se impida cualquier intento de demostrar esos mismos hechos a través de otros medios de prueba obtenidos de manera legítima, en consecuencia no podría reputarse como ilícita una prueba que pretenda verificar los mismos supuestos fácticos sobre los que recaía otra prueba, esta sí considerada ilícita, como quiera que esos supuestos no se consideran inabordables.

Al respecto la doctrina ha manifestado: “(...) Según la doctrina de la fuente independiente, la prueba que supuestamente proviene de una prueba primaria ilícita, es admisible, si se demuestra que la evidencia derivada se obtuvo por un medio legal independiente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita. (...)”. (Farfan, 2008, p. 228 y 229)

“(...) Los hechos que se investigan, cuando se excluye una prueba que los acredita, no significa que vuelvan sagrados, intocables o que dejen de ser objeto de prueba, siempre se podrán acreditar por una fuente independiente (...)”. (Parra, 2006, p. 803)

(...) La Corte se refiere a los eventos en los que la evidencia se ha obtenido por un medio perfectamente separado y distinto de la obtención ilegal, es decir, se trata de aquellos casos en los que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que exista entre ellos vínculo alguno. Por esa razón se habla de una “fuente independiente” o como se suele expresar en la

doctrina, el problema para el juez es definir cuándo se cosecha el fruto de un árbol venenoso y cuándo de un árbol sano.(...). (Guerrero, 2011, p. 435)

1.4.1.3 El descubrimiento inevitable. Una prueba derivada de una prueba ilícita podrá ser valorada por el funcionario judicial siempre y cuando se demuestre que se podría llegar a la comprobación de esos mismos hechos a través de medios lícitos, independientemente de que la prueba ilícita necesariamente deba ser excluida.

Se plantea entonces un camino legal hipotético a partir del cual se indaga sí, de haberse cumplido con todas las formalidades legales y garantías sustanciales, se hubiese llegado a la misma comprobación de esos supuestos fácticos, la prueba derivada podría ser admisible; es un juicio de valor frente a la probabilidad de haber llegado al mismo resultado pero por otros medios, que además son lícitos.

Así se ha explicado: “(...) La doctrina del descubrimiento inevitable se aplica cuando la fiscalía demuestra que la prueba derivada de la prueba primaria ilícita de todos modos habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original deba ser excluida. (...) se requiere una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. (...). (Farfan, 2008, p. 229)

(...) Fue consagrada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1984, en el caso *Nix vs. Williams*, “en este caso, la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación al derecho de asistencia de abogado) sobre dónde estaba el cadáver de la víctima. Con base en esa información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en la búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente. Luego la Corte Suprema caracterizó a la doctrina “ descubrimiento inevitable” como una especie de modalidad o extrapolación de la fuente independiente.(...). (Parra, 2006, p. 803)

Pasando al contexto colombiano, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece lo siguiente: “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”.

De acuerdo con lo anterior, no sólo debe excluirse la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales sino todas aquellas que se derivan de ella. Al respecto se ha señalado por la doctrina nacional:

(...)[L]as pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Al mismo tiempo esta doctrina tiene un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación(...). (Berdugo, 2005, p. 321)

De la anterior regulación legal se puede afirmar que en nuestro sistema procesal se ha acogido la teoría de los frutos del árbol envenenado, la cual ya había sido desarrollada por la jurisprudencia nacional de tiempo atrás, por lo que la normatividad solo habría recogido los criterios que ya se venían aplicando en la resolución de los casos. Así se advierte en la sentencia proferida por la Corte Constitucional:

(...) En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba originaria principal sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada (...). (C.C. Sentencia C-591 de 2005)

Y lo anterior se reafirmó posteriormente al analizarse la constitucionalidad de esta misma disposición, explicando lo siguiente:

(...) En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.(...). (C.C. Sentencia C-591 de 2005)

Por último, debe destacarse que en la legislación procesal penal se consagran tres institutos respecto a la admisibilidad de las pruebas, estos son, exclusión, rechazo e inadmisión, cuyo contenido no se deriva con claridad de la disposición legal que simplemente los enlista y tampoco de la jurisprudencia nacional, la cual en muchas ocasiones habla indistintamente de una u otra figura. Así se desprende de varias decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia³⁰. (C.S.J. Auto de abril 27 de 2012 – Rad. 37462)

³⁰ Recordemos una de ellas: “Sin embargo, la libertad probatoria así plasmada no es absoluta; así, el mismo ordenamiento impone la **exclusión** de los medios de prueba ilegales incluyendo los practicados, aducidos o

En resumen, deberán excluirse las pruebas ilegales y las que en su momento no hayan sido descubiertas, sin embargo, al revisar el artículo 346 del C.P.P el tenor literal de la norma alude al rechazo de las pruebas como consecuencia de la violación de la actividad de descubrimiento probatorio. E indistintamente se habla de exclusión, inadmisión o rechazo frente a las pruebas inconducentes, impertinentes, inútiles o irrazonables. Se desconoce entonces que generaría específicamente el rechazo de una prueba, dado que se confunde con la exclusión.

Superando estas diferencias de criterio, y para lo que aquí nos interesa, lo cierto es que la solución planteada tanto por la legislación como por la jurisprudencia nacionales es la exclusión de las pruebas tanto ilícitas como ilegales y tendrá consecuencias frente a la validez del proceso, debiéndose, en consecuencia, declarar la nulidad de la actuación, en los supuestos ya explicados, como ocurre, por ejemplo, frente a graves violaciones de derechos humanos.

Día tras día se presentan situaciones de toda índole que imponen retos al sistema vigente y motivan o fuerzan la adopción de cambio o modificaciones normativas a partir de las cuales trata de darse una respuesta real a los problemas más agobiantes de la sociedad y es por ello que en esta continua práctica jurídica no podemos caer en la tentación de ceder en la protección de los derechos fundamentales sólo por una solución momentánea de los conflictos sociales o por la aspiración inmediata de orden y seguridad.

Dada la enorme incidencia que tienen los derechos fundamentales y las garantías sustanciales en el tratamiento de la prueba ilícita, así como la necesidad de seguir reforzando su vigencia en cualquier escenario, creemos que este tema sigue siendo de gran actualidad. Y este capítulo, al proporcionar sus elementos básicos, permitirá analizar aspectos tan importantes como su fundamento constitucional o algunas cuestiones prácticas, todo lo cual nos dará un

conseguidos con violación de los requisitos formales previstos en él, según se infiere de los artículos 346 y 360, así como su **inadmisión**, cuando se concreten las circunstancias previstas en el artículo 376 siguiente”. “De igual manera, el artículo 375 del estatuto citado precisa las pautas para establecer la **pertinencia** de las pruebas y subraya la necesidad de que se refieran “*directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta*”. “Además, en acatamiento del artículo 359 ibídem, las partes e intervinientes pueden demandar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que se aparten de las previsiones contenidas en las normas citadas o que resulten inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba”.

panorama general acerca del estado actual de las cosas y de los desafíos y posibles soluciones que tendremos que enfrentar y brindar en los próximos años.

CAPÍTULO II.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Como se anticipó en el anterior capítulo, uno de los temas en el que se hace más visible el conflicto que podría existir entre, de un lado, la protección de los intereses colectivos y, de otro, la efectividad de los derechos fundamentales del individuo contra quien se adelanta un proceso penal en su contra, es el de la prueba ilícita.

Uno de los fines del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, por lo que en un escenario completamente extremo, en el que exista una verdadera inversión de principios y valores supremos y en el que, por ejemplo, perdiera importancia el principio de legalidad, parecería justificado emplear cualquier mecanismo que permita imponer esa verdad -así estos también incidan negativamente en otros derechos fundamentales-, más cuando sus beneficios podrían ser evidentes de manera concreta e inmediata, al restablecer los derechos -también fundamentales- de las víctimas y, a su vez, garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico en tanto se estarían protegiendo los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, cuya violación precisamente se reprime a través de un instrumento de control calificado como ‘ultima ratio’, esto es, el derecho penal; pero este análisis, visto de esta manera, se muestra incompleto o parcializado, dado que no podría dejarse de lado los derechos y garantías del procesado que no es objeto sino sujeto del proceso penal.

Dentro de la noción de Estado de Derecho, las autoridades, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, no pueden interferir en los ámbitos de autonomía y libertad reconocidos al individuo, los cuales se materializan en el reconocimiento expreso de toda una gama de derechos fundamentales como son los de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, entre otros.

El profesor Kai Ambos (2009) sostiene:

(...) las prohibiciones probatorias tienen en su resultado un componente individual y un componente colectivo: por un lado, sirven para la *garantía de los derechos fundamentales*, en tanto protegen al inculcado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas *en su contra* -(...) por otro lado preservan - componente colectivo - la integridad constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo (*fair trial*). (p. 4)

Y ese posible enfrentamiento entre, de un lado, la investigación y sanción eficaz de las conductas punibles y, de otro lado, la obligación de todo funcionario judicial de asegurar el respeto cabal y estricto de los derechos fundamentales del procesado llama la atención acerca de la necesidad de desarrollar un juicioso ejercicio de ponderación para solucionar cualquier conflicto que pueda presentarse entre principios constitucionales.

2.1 Prohibiciones Probatorias en Colombia

En las distintas codificaciones procesales necesariamente se encuentra regulada la forma cómo debe producirse e incorporarse un determinado medio probatorio al proceso, por lo que la actividad probatoria que se adelante desconociendo estas disposiciones se ve afectada, viciando en particular la prueba que se ha obtenido de esa manera. No obstante, lo que sí no era frecuente encontrar era una previsión expresa acerca de la consecuencia jurídica que se imponía frente a aquella prueba que se reputaba como ilícita o ilegal, por ello resulta muy útil hacer un rastreo de la regla de exclusión en las distintas codificaciones, lo cual permitirá advertir no sólo la evolución que ha tenido este tema sino también como su desarrollo ha ido de la mano con la organización política del Estado.

Precisamente, comenzando con la Constitución de 1886, en esta Carta no se dispuso de manera expresa la regla de exclusión de la prueba ilícita, por ello su tratamiento quedaba comprendido en otras normas generales como en las disposiciones que en la legislación procesal

penal consagraban el debido proceso; esto se explica, como lo argumenta el profesor José Joaquín Urbano en lo siguiente:

La Constitución Política de 1886 consagraba un Estado confesionalista (...) con un régimen de derechos civiles sin valor normativo (...) sin reserva judicial de las libertades públicas (...) pues, como se sabe, el modelo de Estado en él consagrado no estaba afianzado sobre el reconocimiento de la dignidad y de los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del Estado. (Urbano, 2006, p. 273)

En el Código de Procedimiento Penal de 1987 tampoco se consagró de manera expresa la regla de exclusión, por lo que debía remitirse a la regla general prevista en el artículo 246 que disponía lo siguiente: “Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso”.

Debido a lo anterior, la solución debía buscarse nuevamente en otras disposiciones, como ocurría con el instituto de las nulidades o con el control de legalidad³¹. (Urbano, 2006, p. 275)

Por el contrario, la Constitución de 1991 representó un verdadero cambio de paradigma del modelo político y jurídico Colombiano, al cimentarse sobre un nuevo conjunto de principios, valores y derechos fundamentales dotados de valor y eficacia normativa, todo lo cual se vio reflejado en el proceso penal que ahora se le concebía como un proceso constitucionalizado, de modo que la interpretación de cada una de sus disposiciones debía ser coherente con las garantías constitucionales y, en general, con todas las normas de la Constitución.

El artículo 29 de la Constitución Nacional prevé una regla general de exclusión, en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

³¹ Por ejemplo, en las disposiciones sobre “inexistencia de las diligencias practicadas con el procesado y sin su defensor; la nulidad de lo actuado por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso; la inexistencia de los actos procesales por la inobservancia de las formalidades esenciales para su validez; el control de legalidad de actuación que practicaba el juez de conocimiento sobre la actuación cumplida por el juez de instrucción y el recurso extraordinario de casación por violación indirecta de una norma sustancial. (Artículos 165, 305.2, 310, 486 y 226)”.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

(Destacado ajeno al texto). (Gómez, 2014, Art. 29.)

La consagración de una regla de exclusión general en la Constitución Política significó un paso definitivo hacia la fijación de controles y límites claros a las actuaciones del Estado en el ejercicio de la facultad punitiva, específicamente en la actividad probatoria.

En consecuencia, en desarrollo de esa labor investigativa, cualquier acto de indagación, recaudo probatorio en la fases de investigación y, finalmente, su decreto, práctica y valoración en el juicio, deberá ser coherente con el respeto cabal de los derechos fundamentales y para ello se deberá tener en cuenta, con el máximo rigor, no solo las normas legales que regulan el procedimiento, sino también las normas constitucionales que son de aplicación directa e inmediata en el proceso penal –por eso se le ha llamado un proceso constitucionalizado-. Téngase en cuenta que la Corte Constitucional ha precisado que la regla de exclusión puede aplicarse en cualquier fase del proceso, sea en las fases de indagación y acusación en las cuales sólo es posible ofrecer elementos materiales de prueba, o en la etapa de juicio que, con

inmediación y concentración, serán practicadas formalmente e ingresarán como medios de prueba en sentido estricto³². (C.C. Sentencia C-591 de 2005)

Ahora bien, en los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700 de 1991) y de 2000 (Ley 600 de 2000) se recogió ampliamente esa carga axiológica de la Constitución y por ello se consagraron como normas rectoras el reconocimiento a la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, la prevalencia de las garantías sustanciales y la interpretación de sus disposiciones de conformidad con las normas sobre derechos humanos reconocidos en Tratados y Convenciones Internacionales; no obstante lo anterior, tampoco se previó de manera expresa la regla de exclusión de la prueba ilícita, aunque se podría deducir de algunas disposiciones generales sobre la pertinencia de la prueba.

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano de 1991 (Decreto 2700 de 1991) algunas disposiciones servían de fundamento a la regla de exclusión; en su artículo 250 se establecía que serán inadmitidas las pruebas “que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad” y se rechazarán las “legalmente prohibidas o ineficaces”; y en el artículo 253 se indicaba que la actividad probatoria ‘siempre debía respetar los derechos fundamentales’. En una redacción muy similar, estas normas también se plasmaron en la Ley 600 de 2000 (artículos 235 y 237).

Es por ello que el profesor Urbano (2006) sostiene, en particular frente al Código de Procedimiento Penal de 2000, lo siguiente:

No se reitera ni desarrolla de forma expresa la regla de exclusión pero si se consagra el deber de inadmitir pruebas obtenidas en forma ilegal y rechazar las legalmente prohibidas –artículo 235-, con lo que los mecanismos de control de la prueba ilícita se remiten al deber de inadmisión, a la obligación de corrección de actos irregulares – artículo 15-; a la inexistencia de diligencias por falta de defensor –artículo 305-; a la regulación de las causales de nulidad y en especial la comprobada existencia de

³² Así lo precisó la Corte Constitucional: “En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”.

irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y el derecho de defensa – artículo 306 y 310-; al control de la legalidad de la medida de aseguramiento por ilegalidad material de la prueba mínima para asegurar cuando es practicada o aportada con desconocimiento de algún requisito condicionante de su validez –artículo 397- y al recurso extraordinario de casación por violación de normas sustanciales generada por la apreciación de las pruebas –artículo 207”. (p. 280 – 281)

Tratándose del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la regla de exclusión ha sido desarrollada en diferentes disposiciones, como ocurre con el artículo 232 que consagra lo siguiente: “En la medida que impone la obligación al funcionario judicial de fundar sus providencias en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691.)

Es por eso que ante la falta de una previsión legal expresa, el desarrollo de la prohibición de la prueba ilícita y la regla de exclusión se confió básicamente a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

En la Ley 906 de 2004, la cláusula general de exclusión se consagra como principio rector de la actuación, tal como se recoge en su artículo 23 según el cual: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Iguales tratamientos recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

De manera más específica, ésta regla es desarrollada en varios artículos, por ejemplo, 232³³, 237³⁴ y 360³⁵ de esta última legislación.

³³ “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 del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación”.

³⁴ “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión

La Corte Constitucional ha denominado aquella norma superior como la ‘regla de exclusión probatoria’, precisando al respecto que la nulidad por violación al debido proceso incluye tanto las pruebas violatorias de normas procesales, conocida como prueba ilegal, como las que desconocen o vulneran derechos fundamentales, entendida como prueba ilícita (C.C. Sentencia C-233 de 2007). Es decir, si bien en algunos fallos se hace referencia a los conceptos de prueba inconstitucional y prueba ilícita (C.C. Sentencia C-591 de 2005)³⁶ o la tradicional clasificación entre prueba ilícita e ilegal, lo importante es que la regla de exclusión se impone tanto para las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales como para aquellas que fueron practicadas o incorporadas en desconocimiento de requisitos legales esenciales.

Al respecto, se sostuvo:

Sobre este punto parece importante resaltar que la terminología usada por la Constitución Política para referirse a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso no debe entenderse rigurosamente circunscrita a las pruebas violatorias de las normas meramente procesales, sino a las garantías constitucionales de rango fundamental que puedan tener incidencia en los resultados del proceso. Por ello debe precisarse que **la expresión usada por la Carta no se limita a los aspectos de trámite en la aducción de la prueba, sino a cualquier garantía fundamental que resulte afectada en el acto de administración de justicia**³⁷. (C.C. Sentencia C-233 de 2007)

de legalidad sobre lo actuado. Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

³⁵ “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”.

³⁶ “*Las fuentes de exclusión*. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”.

³⁷ Y continúa la Corte así: ““En segundo lugar, 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

Esta Alta Corporación ha establecido unos requisitos generales y otros especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y dentro de estos últimos se han identificado varios vicios o defectos, como ocurre con el defecto fáctico que ha sido definido de la siguiente manera: “(...) surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”. (C.C. Sentencia C-590 de 2005)

Este defecto fáctico tiene una modalidad positiva y otra negativa. La positiva, por indebida valoración probatoria, se configura cuando se incorpora al proceso un medio de prueba ilegal o ilícito y el juez efectivamente lo valora; y su faceta negativa se presenta cuando el juez omite evaluar una prueba que resultaba esencial para adoptar una decisión de fondo o simplemente su análisis probatorio se advierte como precario o deficiente.

De todas maneras, como también se ha precisado en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, no toda irregularidad constituye una situación generadora de nulidad por violación del debido proceso. Es más, la exclusión de una prueba ilícita tampoco genera automáticamente la nulidad del proceso.

Es por esto que la Corte Constitucional precisa que si la prueba, tanto ilegal como ilícita o inconstitucional, fue decisiva o incidió significativamente en la estructuración del juicio de reproche formulado contra una persona determinada, a la exclusión de ese medio probatorio también le debe acompañar la nulidad del proceso. Así se explicó:

La Corte Constitucional ha dicho al respecto que si la prueba ilegal o inconstitucional es crucial para la adopción de la providencia judicial, esto es, si su incidencia en la decisión judicial es de tal magnitud que, de no haberse tenido en cuenta, el fallo racionalmente habría podido ser otro, el juez de tutela está obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso del afectado. (Sentencia C-233 de 2007)

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 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 fundamentales”.

Lo anterior lo que pone en evidencia es que las irregularidades menores o intrascendentes no tienen la capacidad de imponer la exclusión del medio probatorio atacado, toda vez que para su producción o incorporación realmente no se han visto afectados los derechos fundamentales de los individuos o del procesado o los requisitos esenciales previstos en la legislación procesal penal³⁸. (C.C. Auto 227 de 2007)

Cabría preguntarse desde qué momento debería declararse la nulidad del proceso. Obviamente este es un punto que no fue abordado por la Corte Constitucional, dado que sería un aspecto que debe analizarse en cada caso en concreto y en la sentencia antes referida se consideró que la prueba ilícita –así cuestionada- allegada a las diligencias, como lo era una grabación realizada sin consentimiento del interlocutor, procesado por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de particulares, y en la cual aparentemente se encontraba integrantes de grupos paramilitares que hicieron entrega de aportes económicos para su campaña, no constituyó un elemento determinante o decisivo en la estructuración de los cargos imputados en su contra, por lo que no se decretó la nulidad de la actuación.

De todas maneras, lo que no podría plantearse ni mucho menos decretarse sería la nulidad de las pruebas en sí mismas consideradas, toda vez que el ejercicio de confrontación sólo podría hacerse entre la actuación procesal –no de algunos de sus elementos de prueba- y la observancia que se ha hecho de ciertas garantías sustanciales o procesales con contenido sustancial como los derechos de debido proceso y el derecho de defensa.

Es por ello que resulta confusa la terminología utilizada por la Corte Constitucional –y que se apoya en el mismo texto del artículo 29 de la Constitución Política-, cuando distingue la nulidad de pleno derecho de la prueba y la nulidad de pleno derecho del proceso en el que aquella prueba se incorpora (C.C. Sentencia C-233 de 2007³⁹), por lo que lo más adecuado sería

³⁸ “En primer lugar, la Sala Quinta de Revisión admitió que no toda irregularidad procesal deriva necesariamente en la anulación del proceso judicial. Para ello citó la Sentencia SU-159 de 2002, en donde la Corte esboza la misma idea: “...las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita”.

³⁹ Así se indica: “De cualquier manera, independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que importa resaltar por ahora es que cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba

hablar, en el primer caso, de la exclusión de dicha prueba, y en el segundo, éste sí, de nulidad de la actuación procesal.

En resumen, integrando la jurisprudencia de esta Alta Corporación acerca de la prueba ilícita, la nulidad del proceso debe decretarse cuando ‘una prueba fue obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial’ –como se explicó en el primer capítulo- o cuando una prueba, considerada como ilegal o ilícita, ha servido de fundamento, de manera importante o esencial, en la estructuración del juicio de responsabilidad penal. Aquí se advierte una diferencia fundamental con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como se verá en el capítulo siguiente, toda vez que la importancia o esencialidad de la prueba tiene que ver más frente a la trascendencia del vicio o irregularidad que se plantea en sede de casación –generalmente bajo un error por falso juicio de legalidad-, como uno de los requisitos que debe verificarse para procederse a la exclusión del medio probatorio atacado, pero sin que se plantee propiamente la posibilidad de decretar la nulidad del proceso con base en esta última hipótesis.

Cuando la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de los artículos 232 (cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos) y 455 de la Ley 906 de 2004 (nulidad derivada de la prueba ilícita) integró la proposición normativa con los artículos 23 (cláusula de exclusión) y 457 (nulidad por violación a garantías fundamentales) de la misma normatividad, al considerar que los textos acusado sólo podrían comprenderse adecuadamente si se los contextualizaba con las disposiciones pertinentes.

ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta. En efecto, 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. La reflexión anterior encuentra sustento en jurisprudencia previa de la Corte Constitucional, en la que la Corporación señaló que la valoración de la prueba ilegítima no conduce a la nulidad del proceso, sino de la prueba. En este sentido, la jurisprudencia define la interpretación que debe dársele al artículo 29 constitucional, cuando advierte que es “*nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, al precisar que la nulidad de dicha prueba se restringe a ella misma, no al proceso. En la Sentencia C-372 de 1997 la Corte señaló: “De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal”. (Subrayas fuera del original).

Para lo que aquí interesa, la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, declaró exequible el artículo 23 *ibídem* por las siguientes razones:

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer 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; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

Por su parte, cuando se analiza las excepciones a la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, a propósito de la prueba derivada, la Corte una vez más recuerda que si bien en la legislación procesal penal se rubrica esta disposición como nulidad derivada de la prueba ilícita, esto no implica la nulidad de la actuación procesal sino sólo la exclusión del elemento material de prueba o del medio probatorio afectado; de todas maneras, deberá mantener en el acervo probatorio aquella prueba derivada que no exhiba ningún nexo de causalidad fuerte o sólido con la prueba ilícita principal, o que tenga un origen diferente o de todas maneras se hubiera obtenido en desarrollo de otras actividades probatorias que necesariamente se hubiera emprendido dentro del proceso.

Precisamente, el artículo 455 recoge como criterios para analizar si realmente una prueba deriva o no de otra ilícita los de vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable (C.C. Sentencia C-591 de 2005⁴⁰) y los demás que establezca la ley; éste último aparte

⁴⁰ “En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y las demás que establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la **fuente independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente

que se ha entendido como una manifestación razonable del poder de configuración normativa del legislador, también se ha explicado a partir de los antecedentes legislativos de esta codificación, como quiera que en los proyectos de ley se incluía otros criterios como los de buena fe, balance de intereses, elemento disuasorio de la violación, entre otros, y fue por ello que no se optó por incluir un catálogo cerrado ante la posibilidad de plantear nuevos argumentos que válidamente, y con observancia de las garantías fundamentales, atenúen la aplicación rigurosa o estricta de la teoría de los frutos del árbol envenenado, los cuales tampoco pueden descartarse a priori.

Así, frente a la constitucionalidad del artículo 455, se concluyó lo siguiente:

En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto. (Gómez, 2014, Art. 455.)

Para comprender el sentido de cada una de las decisiones que pueden adoptarse frente a la solicitud de exclusión de una prueba ilícita y la nulidad del proceso, debe analizarse los principios y derechos fundamentales más importantes, en los que podría recaer este tipo de vicios y cuyo grado de afectación incidirá notoriamente en la determinación a tomar, como a continuación se expone.

Bajo una perspectiva continental europea, y como lo sostiene la profesora TERESA ARMENTA (2009), la ilicitud probatoria tiene una estrecha conexión con: “la búsqueda de la verdad y los límites a que debe acogerse la misma; ya sea enfatizando la rigurosa aplicación del principio de legalidad, los fines del proceso penal o la tensión existente entre diversos fines

obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”.

esenciales de la sociedad; ya la persecución de los delitos y la protección de los derechos individuales”. (p. 19.)

Es por ello que, a partir de este sistema, el tema de la prueba ilícita hace surgir el interrogante de si en esa búsqueda de la verdad se admite o vale todo o, si por el contrario, existen límites que ni el propio Estado puede desconocer en ejercicio de su facultad punitiva.

La prohibición de utilización de medios de prueba ilícitos dentro del proceso, como sustento de una decisión de fondo, tiene fundamento en diversos principios y derechos fundamentales que refuerzan su contenido y justifican su existencia, por lo que no podría decirse que sólo uno de ellos, en exclusivo, proporciona sustento tanto jurídico como axiológico. Es decir, no sólo resulta importante que las actuaciones de las autoridades judiciales, las decisiones que profieran y el desarrollo mismo del proceso que se adelanta se ajusten plenamente a las previsiones constitucionales y legales (principio de legalidad), sino también que una decisión de condena sólo pueda dictarse con base en pruebas obtenidas y practicadas de manera legítima (presunción de inocencia) dentro de una actuación justa en la que se han respetado cabalmente las garantías sustanciales y procesales (debido proceso).

Podría argumentarse, en contrapartida, que en realidad el fundamento normativo se encontraría en el derecho fundamental al debido proceso toda vez que los principios de legalidad o de presunción de inocencia son distintas manifestaciones de aquél, no obstante, a pesar de poder integrarse todos bajo una misma noción, cada uno de estos principios y derechos proveen una perspectiva distinta que permite analizar el verdadero alcance de las prohibiciones probatorias.

2.1.1 Principio de Legalidad.

De acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional, este principio puede entenderse como:

(...) uno de los pilares básicos dentro de la estructura del Estado de Derecho en cuanto que, por su intermedio, se busca circunscribir el ejercicio del poder público al

ordenamiento jurídico que lo rige (Sentencia C-1144 de 2000). (...) es una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. (C.C. Sentencia C-996 de 2000)

Generalmente, este principio se recoge en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* y debido a su naturaleza, contenido y alcance se considera como una importante garantía del individuo frente a las facultades punitivas ejercidas por el Estado. Y esa transcendencia dentro del ordenamiento jurídico ha llevado a que se consagre en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴¹, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴² o la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³ o en nuestra propia Constitución Política.

El artículo 29 constitucional dispone, entre otros apartes, lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

La ley 906 de 2004 establece, en lo pertinente, lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

⁴¹ “Artículo 11. (...) 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

⁴² “Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

⁴³ “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...).

Concretándonos ahora en su significado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido lo siguiente: “el principio de legalidad en materia penal se ha entendido en sentido lato, y comprende dos aspectos: en primer término, la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas, y en segundo lugar, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, y en sentido estricto, referido a la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a la inequívocidad en su descripción”. (C.C. Sentencia C-996 de 2000)

Este principio tiene una gran importancia, en especial, en el sistema continental europeo, toda vez que “exige que la obtención de la verdad siga los parámetros de un proceso legalmente establecido”. (Armenta, 2009, p. 20.)

En consecuencia, una persona sólo podrá ser investigada por una conducta clara, precisa y previamente tipificada como delito en la ley, a través de un procedimiento debido y, en el evento de ser condenada, la sentencia debe estar fundada en pruebas legal y regularmente allegadas al proceso.

Es por ello que se habla del principio de legalidad de las pruebas, según el cual las pruebas deben ser decretadas y practicadas de acuerdo a las formalidades y requisitos establecidos en la ley y por parte de autoridad competente⁴⁴. (C.C. Sentencia C-233 de 2007)

La jurisprudencia ha entendido que el principio de legalidad hace parte del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que: “comporta la garantía de que los trámites judiciales

⁴⁴ “Como lo ilícito no genera derechos para los sujetos jurídicos, el Estado no puede aprovecharse de hechos ilícitos para justificar el ejercicio de sus competencias. El *ius punendi* del Estado se eleva sobre la pretensión de legalidad de sus actos, por lo que la legitimidad de sus fines depende de la legitimidad de sus medios. De allí que sea contrario al Estado de Derecho –Estado de la legitimidad y la regla jurídica– que, con fundamento en un elemento injurídico, se persiga la imposición de una consecuencia jurídica. La contradicción en los términos impide la realización legítima del fin estatal y obliga a la administración de justicia a expulsar del proceso judicial toda herramienta tachada de ilicitud”.

y administrativos se adelantarán de conformidad con las prescripciones legales”. (C.C. Sentencia T-116 de 2004)

Sin embargo, lo anterior podría sugerir que cualquier vulneración del principio de legalidad sería constitutiva de una violación del debido proceso susceptible de conocerse en sede de tutela, lo cual conduciría a la absoluta constitucionalización del ordenamiento (que es distinto al sometimiento de todo el ordenamiento jurídico a los parámetros constitucionales), que a su vez llevaría a una ‘competencia omnímoda del juez de tutela’(C.C. Sentencia T-116 de 2004), por lo que tal postura fue descartada y, en su lugar, se consideró que en determinados supuestos sería jurídicamente procedente, así:

La protección del debido proceso en sede de tutela está reservado para tres eventos: (i) cuando la violación del procedimiento conduce a la desnaturalización del mismo, por desconocer los elementos mínimos constitucionales que permiten calificar un procedimiento como debido; (ii) cuando la violación del debido proceso conduce a la violación de otros derechos fundamentales; y, (iii) cuando se desconocen procedimientos fijados en la Constitución. (C.C. Sentencia T-116 de 2004)

La jurisprudencia sostiene con frecuencia que no sólo los fines del Estado deben ser legítimos sino también los medios que se emplean para llegar a ellos y lo anterior sólo podrá alcanzarse si cualquier actuación de las autoridades es coherente con las normas constitucionales y legales, tal como lo prevé los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. Como consecuencia de lo anterior, la búsqueda de la convivencia pacífica o de un orden justo o, de manera más concreta, la represión de graves conductas que atentan contra bienes jurídicos esenciales de la sociedad no se puede lograr en detrimento de los mismos derechos y garantías fundamentales que se ha asegurado proteger. Como se puede advertir, la carga filosófica que proporciona este principio es bastante fuerte como para ignorar su importancia o simplemente agotar su contenido dentro de una noción más genérica, como sería el derecho al debido proceso.

2.1.2 Principio de presunción de inocencia.

Concebido como un principio y como un derecho fundamental, ésta garantía hace parte del derecho al debido proceso y se encuentra previsto expresamente en nuestra Constitución Política, en su artículo 29⁴⁵, como en otros tratados internacionales sobre derechos humanos que, por vía del bloque de constitucionalidad, también se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁷.

La ley 906 de 2004 menciona este principio como una de las normas rectoras del procedimiento penal y al respecto indica:

ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

La Corte Constitucional ha sostenido, en relación con este principio, lo siguiente: “Es postulado cardinal de nuestro ordenamiento, respecto del cual el Constituyente no consagró excepciones, el de que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario

⁴⁵ “(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.

⁴⁶ “Artículo 14. (...)2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴⁷ “Artículo 8. Garantías Judiciales. (...)2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa”. (Sentencia C-626 de 1996)

Reuniendo diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de este principio, sus postulados básicos podrían resumirse en los siguientes puntos:

- Es una de las normas rectoras del debido proceso, pero también “el alcance de este postulado trasciende la órbita exclusiva del debido proceso, puesto que con su operancia se garantiza la protección de otros derechos fundamentales que podrían resultar vulnerados como consecuencia de actuaciones penales o disciplinarias irregulares, como lo son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre. Por lo mismo, puede afirmarse que la presunción de inocencia es uno de los pilares esenciales del ordenamiento constitucional colombiano, ya que sobre ella se edifica el sistema de límites y garantías propio de un Estado de derecho”. (Sentencia C-252 de 2001)
- El ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado tiene como limitante constitucional el principio de presunción de inocencia (C.C. Sentencia C-205 de 2003) y por ello “es la institución jurídica más importante con la que cuentan los particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado”. (C.C. Sentencia C-252 de 2001)
- “La presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” toda vez que “En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*”. (C.C. Sentencia C-205 de 2003)
- “La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente (...) Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el

cual toda duda debe resolverse en favor del acusado”. (C.C. Sentencia C-774 de 2001)

- “La presunción de inocencia sólo puede quedar desvirtuada definitivamente en una sentencia que tenga ese carácter y ello no puede ocurrir cuando están pendientes de resolver serios cuestionamientos acerca de su validez jurídica. Es decir, que si a un fallo se le imputan errores de derecho (*in judicando o in procedendo*), esta cuestión debe ser resuelta antes de que el mismo haga tránsito a la cosa juzgada”. (C.C. Sentencia C-252 de 2001)

Al observar el contenido y alcance de este principio es posible advertir su importancia frente a la prohibición de la prueba ilícita dentro del proceso toda vez que el Estado sólo podrá demostrar la culpabilidad de una persona a través de medios probatorios legítimos y dentro de una actuación en la que se haya respetado todas las garantías sustanciales y procesales.

El proceso penal sólo podrá iniciarse si el organismo investigador cuenta con indicios suficientes que, así se provisionalmente, comiencen a desvirtuar la presunción de inocencia de una persona, de modo que la actuación empiece con una actividad probatoria a cargo del Estado pero también con una garantía de la que goza el individuo en el sentido de que a él también se le considera inocente desde el mismo inicio del proceso, presunción ésta que sólo podrá ser desvirtuada a través de pruebas que hayan sido producidas y practicadas dentro del proceso con plena observancia de los requisitos legales y con estricta observancia de los derechos fundamentales de los sujetos procesales y, en particular, del sujeto contra quien se pretende aducir.

No obstante lo anterior, algunos autores, como es el caso del profesor Jesús María González -tal como se indicó en el capítulo anterior-, considera que si bien la presunción de inocencia es una garantía del acusado a partir de la cual sólo podrá ser condenado si existe una actividad probatoria suficiente del Estado, entendiendo por suficiente que haya sido producida a través de medios lícitos toda vez que de no ser así no podrá tener ningún efecto dentro del proceso, esto no significa que sea el fundamento de la prohibición del empleo de una prueba

ilícita, encontrándolo más bien, en referencia a la Constitución Española, en los derechos al proceso público con todas las garantías y a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales. (González, 2005)

Sin embargo la anterior discusión nos parece inane, dado que mas allá de una exigente pretensión filosófica que lleve a seleccionar cuál derecho o principio puede prestar mayor sustento axiológico o cuál resultaría más especial en su contenido para explicar la naturaleza de la prohibición del empleo de la prueba ilícita o sus consecuencias jurídicas dentro del proceso penal, en realidad cada uno de esos derechos y principios es una importante manifestación del plexo de garantías sustanciales y procesales que impiden instrumentalizar al individuo en aras de obtener una verdad material a cualquier precio. Es por ello que tanto el principio de presunción de inocencia o el de in dubio pro reo o, incluso, los de dignidad humana y libertad imponen límites claros en el ejercicio de la facultad punitiva por parte del Estado, por lo que nunca la investigación y efectiva represión de aquellos graves atentados contra bienes jurídicos protegidos puede alcanzarse en detrimento de otros derechos fundamentales o principios constitucionales.

En síntesis, dentro del proceso penal sólo podrá desvirtuarse la presunción de inocencia en el marco de un debido proceso, en el que se respete cabalmente los derechos fundamentales y garantías sustanciales del procesado y en el que se sustente la sentencia a partir de pruebas regularmente allegadas a la actuación y, en particular, con observancia de las reglas definidas por el ordenamiento jurídico para su producción e incorporación al proceso.

2.1.3 Derecho al debido proceso.

Aquí podemos ver la consolidación de una gran gama de derechos y principios que hacen parte del derecho al debido proceso y que por ello mismo se ven garantizados a través del reconocimiento y protección de este último derecho.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente: “El debido proceso, consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la Constitución, compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de

asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”. (Sentencia C-252 de 2001)

Siendo lo anterior así, cualquier desconocimiento de algún derecho fundamental entrañaría el desconocimiento del derecho al debido proceso y, de contera, una importante violación susceptible de restablecerse a través, por ejemplo, de la declaratoria de nulidad de la actuación procesal o del ejercicio de la acción de tutela.

Sin embargo, esto tampoco implica que cualquier irregularidad menor, que incida en alguno de esos derechos fundamentales, haga procedente la aplicación de algún remedio de carácter legal o constitucional. Precisamente, si el principio de legalidad hace parte del debido proceso, bajo la misma lógica de argumentación anterior, podría pensarse que cualquier inobservancia de requisitos legales constituiría una vulneración del derecho al debido proceso y a su vez también sería susceptible de protección a través de la misma acción constitucional, no obstante, a primera vista no sería coherente con los principios de seguridad jurídica y de una recta administración de justicia y por ello, como se vio anteriormente, la protección del debido proceso en sede de tutela está reservada para tres supuestos, toda vez que una postura en contrario, es decir el sometimiento de cualquier cuestión al conocimiento del juez de tutela, llevaría a una absoluta constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Acercándonos un poco más a su concepto, en términos generales, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso en los siguientes términos:

“La doctrina define el debido proceso como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”.

“El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de la juridicidad propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción *contra legem* o *praeter legem*. Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos

establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no este legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia”.

“Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material”. (C.C. Sentencia T-001 de 1993)

“El debido proceso es un derecho fundamental, que se ha definido como *“una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”*. (C.C. Sentencia C-594 de 2014)

“Generalmente se ha considerado que el derecho al debido proceso comprende los derechos a la jurisdicción o acceso libre e igualitario a la administración de justicia, al juez natural, a la defensa judicial, a un proceso público, a la independencia e imparcialidad del juez, a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio, a la defensa, a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico o a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificada”. (C.C. Sentencia T-001 de 1993)

Esta es la razón por la cual la Constitución Política, cuando alude a la regla de exclusión, sólo hace referencia a la violación del debido proceso dado su contenido integrador de una gran variedad de derechos fundamentales, por lo que, además de no ser necesario mencionar de manera independiente a cada uno de ellos, esto tampoco implica que no sean objeto de protección o que su violación no genere ninguna consecuencia dentro del proceso.

Igualmente debe recordarse que si bien, de acuerdo a lo previsto en el artículo 29 constitucional, la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, no ocurre así con el proceso al cual se incorpora, a menos que haya resultado dicha prueba

inconstitucional o ilegal decisiva y determinante frente a la decisión de fondo. Así mismo, la sentencia que incurra en un defecto fáctico, es decir, cuando aquella prueba ilícita o ilegal ha incidido notablemente en la formación del convencimiento del juez para dictar sentencia, será procedente el ejercicio de la acción de tutela en contra de ésta decisión judicial.

Como se ha podido advertir, la prohibición del empleo de la prueba ilícita tiene un enorme sustento axiológico en el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que la investigación y juicio sólo podrá desarrollarse, así como la sentencia o la decisión que ponga fin al proceso sólo podrá dictarse, cuando se haya respetado cabalmente todos los requisitos, procedimientos y garantías previstos en la Constitución y la ley con el propósito de asegurar la efectividad del derecho material, lo que incluye, por supuesto, la aducción de pruebas obtenidas a través de medios legítimos y practicadas con plena observancia de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, en particular, del acusado.

2.1.4 Búsqueda de la verdad material y límites en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado.

Como se ha anticipado anteriormente, uno de los fines del proceso penal es la búsqueda de la verdad material y es por ello que varias disposiciones constitucionales y legales gravitan continuamente sobre estos postulados, cuando se alude al establecimiento de la justicia y la verdad.

Por ejemplo, en la Constitución Política se prevé lo siguiente:

“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y **la vigencia de un orden justo**. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

“ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

“ARTICULO 229. **Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia**. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

“ARTICULO 230. **Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley**. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. (Gómez, 2014)

Por su parte, en el capítulo de normas rectoras del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) se indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. IMPARCIALIDAD. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de **establecer con objetividad la verdad y la justicia**”.

“ARTÍCULO 10. ACTUACIÓN PROCESAL. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de **lograr la eficacia del ejercicio de la justicia**. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial (...)”. (Subrayas y negrillas nuestras).

Sin embargo, a la luz de ese fin legítimo que es el establecimiento de la verdad y la justicia dentro del proceso, no resulta indiferente la protección real y efectiva de los principios y derechos constitucionales sobre los que se ha construido nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, resultarían vacíos todos los planteamientos anteriores, específicamente cuando se

hablaba de los principios de legalidad, de presunción de inocencia y del derecho al debido proceso, si la realización de la justicia y la consecución de la verdad dentro de una actuación judicial se lograra de cualquier manera o, lo que es peor, en franco desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales que también buscan ser afianzados y resguardados a través del derecho penal.

Y aquí descansa la justificación de la prohibición del empleo de la prueba ilícita dentro del proceso penal, dado que una sentencia condenatoria no podrá respaldarse en pruebas ilícitas ni, en general, el proceso podrá adelantarse con graves errores y vicios en su desarrollo, al vulnerar derechos y garantías sustanciales, pero no sólo porque exista una disposición legal que así lo prevea, a la manera del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal de 2004⁴⁸, sino porque nuestro modelo de Estado se cimienta sobre una escala de principios, valores y derechos fundamentales que buscan la consecución de un orden justo –artículo 2 de la Constitución Política- e impiden la instrumentalización del individuo por la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

La Corte Constitucional ha identificado la búsqueda de la verdad como un fin del proceso, un valor, un principio y un derecho constitucional, explicando al respecto lo siguiente:

(...) ii) la limitación a la iniciativa probatoria del juez no impide que el proceso penal esté dirigido a la búsqueda de la verdad, lo que sucede es que en los Estados Constitucionales **el concepto de verdad no es absoluto y, por consiguiente, no puede obtenerse a cualquier precio**; iii) en la tensión que surge entre la eficacia del proceso penal y la realización de la justicia material, debe resolverse a favor de la **aproximación razonable de la verdad** (...) **De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito** (...) **Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia** y, por consiguiente, no es un asunto neutro o

⁴⁸ “**ARTÍCULO 23. 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”.

indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado (...) De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial” (C.C. Sentencia C- 396 de 2007). (Destacado ajeno al texto).

Así las cosas, la búsqueda de la verdad como forma para materializar la justicia dentro del proceso penal ha sido entendida no solo como una garantía para el procesado sino también para la víctima y para la sociedad. La discusión se centraría en la forma o métodos que se utilizarían para alcanzar esa verdad y, a su vez, que tipo de verdad se quiere lograr, esto es, si formal o material, jurídica o factual o si absoluta o relativa⁴⁹. (C.C. Sentencia C- 396 de 2007)

En razón de nuestra organización jurídica y política de Estado y los principios y valores que la sustentan, la verdad que se persigue dentro del proceso penal es una verdad material, y no simplemente formal, lo que significa que las autoridades judiciales tendrán el deber de aproximar la verdad jurídica o la verdad del proceso a la verdad verdadera o verdad fáctica, pero no de cualquier manera sino a través de pruebas que respeten las garantías fundamentales de un Estado de Derecho. Es por esto que se afirma que la actividad del Estado, en ejercicio de su facultad punitiva, no es libre o ilimitada, toda vez que en el desarrollo de su labor no podrán desconocerse los derechos constitucionales no sólo del procesado sino también de la víctima, a quien también le asisten garantías fundamentales, protegidas constitucionalmente, como el derecho a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia y a obtener un justo restablecimiento de los

⁴⁹ Precisamente, por la dificultad de desentrañar la verdad en el proceso penal, la doctrina especializada ha discutido a lo largo de la historia si es factible reconstruir lo sucedido. En efecto, mientras que para algunos doctrinantes la verdad desaparece absolutamente como finalidad del proceso penal y pasa a ser algo contingente, porque puede alcanzarse o no mediante el proceso, otros filósofos del derecho penal opinan que la verdad existe de manera ajena al proceso, por eso, para hacer justicia, corresponde al juez encontrarla y reconstruirla (concepto de verdad formal que impide que la verdad sea sometida a acuerdos consensuales o a disposición de las partes). Otras corrientes del pensamiento sostienen que la verdad en el proceso penal es relativa y que el objetivo de la prueba no es la búsqueda de lo sucedido sino el convencimiento del juez. De esta forma, la prueba sólo tiene un fin argumentativo y está basada en la búsqueda de lo cierto en el proceso (...) En una posición intermedia entre la inexistencia absoluta de la verdad penal y la reconstrucción judicial de la verdad formal, Taruffo decía que “el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles... es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”. De igual manera, la corriente del “garantismo penal” distingue la verdad jurídica de la verdad factual, para concluir que la decisión judicial justa debe aproximar el vínculo entre verdad judicial, garantías penales y procesales y la verdad fáctica que da origen al proceso”.

derechos que le han sido vulnerados, respecto de las cuales el funcionario judicial también deberá actuar en coherencia.

En consecuencia, como reflejo de los límites que tiene el propio Estado en su actividad de lucha contra la impunidad, también el derecho a la prueba tiene límites (Pellegrini, 2000, p. 60)⁵⁰, como lo sería las excepciones constitucionales al deber de declarar o el respeto del debido proceso en su obtención y práctica, entre otros, los cuales se justifican, como ya se ha indicado, en la forma y organización de nuestro Estado y, de manera específica, en la humanización y dignificación del proceso penal.

Sin embargo, no siempre este postulado se identifica como fin del proceso penal en los distintos ordenamientos jurídicos, como lo explica la profesora Teresa Armenta así:

La búsqueda de la verdad material es abandonada por completo en el modelo adversarial que lo sustituye por la prueba dialéctica o prueba como argumento. No sucede así, ni en el proceso alemán (pgfs. 244.2; 202, 216 y 214 todos de la StPO), ni tampoco en el CPP francés (arts. 81, 310 y 456 CPP), ni en el belga (art. 319. Al 3 CPP), ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, ni de forma más significativa en el reformado CPP de Portugal, que hace desaparecer la instrucción judicial pero mantiene la búsqueda de la verdad material como un postulado esencial (art. 340.1 CPP). Posición intermedia, si bien más próxima al adversarial, al convertirlo en su

⁵⁰ Por ese motivo el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, "la verdad no puede indagarse a cualquier precio". La Historia del proceso penal ha sido la de la evolución hacia formas más civilizadas de tutela jurídica y, precisamente, las formas menos evolucionadas y menos garantistas de justicia penal suelen identificarse con períodos de imperio de medios probatorios que hoy entendemos como vejatorios o atentatorios contra los derechos más íntimos del individuo". GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María (2007). "El proceso penal español y la prueba ilícita". En: DELGADILLO AGUIRRE, Alfredo (Coordinador). *La prueba ilícita en el procedimiento penal México – España – Argentina – Brasil*. Primera edición. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho. División Editorial. "El derecho a la prueba tiene límites. Algunos de estos límites son, "por ejemplo, los impedimentos para declarar por parte de personas que, en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deban guardar secreto (art. 207 del CPP); o la negación voluntaria de declarar de los parientes y afines del acusado (art. 206 del CPP); o las restricciones a la prueba establecida en la ley civil, cuando se trate del estado de las personas (art. 155 del CPP) (...) el proceso sólo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes (...) La cuestión de la denominada "prueba ilícita" se ubica (...) bajo el punto de vista de la política legislativa, en el (sic) encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que puedan verse afectados por esta investigación".

modelo, es el CPP italiano de 1988, que hace desaparecer la repetida búsqueda de la verdad material como una de las finalidades del proceso, manteniendo sin embargo, la actuación extraordinaria del juez en materia probatoria en su art. 507 CPP. (Armenta, 2009, p. 21)

Todo lo anterior pone de presente el conflicto existente entre el eficientismo y el garantismo –como lo ha identificado la Corte Constitucional-, toda vez que por un lado debe considerarse la eficacia del proceso penal como método escogido constitucionalmente para investigar y, si es del caso, sancionar los graves atentados contra bienes jurídicos tutelados y, de otro, la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Y a esos retos debe enfrentarse el funcionario judicial quien, ante la evidencia de algún conflicto entre derechos fundamentales –por ejemplo, al analizar la constitucionalidad de alguna disposición- o ante cualquier duda en la aplicación de alguna medida que resulte más gravosa para la protección de garantías sustanciales, en comparación con los bienes jurídicos que busca proteger –incluso en la misma aplicación de una medida de aseguramiento deberá ponderarse el derecho a la libertad frente, por ejemplo, el derecho a la seguridad de la colectividad o los de la vida e integridad de la propia víctima-, deberá acudir a métodos racionales que le permitan discernir y adoptar la decisión más ajustada al ordenamiento jurídico y, en particular, en coherencia con los principios y derechos que se le ha encomendado resguardar. De esto nos ocuparemos en el siguiente punto.

2.2 Conflicto entre Bienes Jurídicos Esenciales. Proporcionalidad y Ponderación.

En general, el proceso penal materializa un conflicto entre la protección de los bienes jurídicos más importantes que el derecho penal ha decidido tutelar y que justifica la respuesta más enérgica del ordenamiento jurídico, con los derechos y garantías sustanciales del procesado.

Si bien no se trata de un conflicto entre bienes jurídicos esenciales, la prueba ilícita revela un enfrentamiento entre dos posturas inspiradas en distintos fines del proceso penal, es decir, en un extremo se encontrarían aquellos que podrían justificar el empleo de medios de prueba ilícitos

como un mecanismo aceptado e, incluso, válido para el establecimiento de la verdad material y, en el otro, aquellos que rechazarían cualquier método ilegítimo, más cuando ello implicaría la violación de importantes principios y derechos fundamentales, como el de legalidad o debido proceso. El primer escenario no tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, a partir de ciertas versiones atenuadas de dicha postura, podrían plantearse otros criterios de excepción a la regla de exclusión, a partir de los cuales podría flexibilizarse su aplicación.

Precisamente, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, la gravedad de los comportamientos objeto de investigación, el tipo de normas transgredidas u omitidas por el sujeto pasivo de la conducta, el grado de injerencia en los derechos del individuo, entre otros aspectos, también imponen límites y restricciones proporcionales al poder público en ejercicio de su facultad punitiva, por ello nuevamente se revitaliza la discusión acerca de la admisión o rechazo de la prueba ilícita.

La profesora Teresa Armenta hace referencia, de un lado, a derechos de contenido material, como ‘la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, integridad corporal o libertad’, que “limitan, en general, la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba, en el desarrollo de la investigación para la obtención de medios de prueba” y, de otro, a los derechos que “determinan el carácter justo y equitativo del proceso”, tales como el ‘derecho de contradicción, asistencia letrada o la utilización de los medios de prueba pertinentes’, “que suelen operar como limitaciones a la admisión o <<atendibilidad>> de los concretos medios de prueba en relación con la regulación legal de su acceso al proceso”. (Armenta, 2009, p. 22)

Esto nos lleva inicialmente a la discusión que se presentó en diversos países acerca de la posibilidad de utilizar o no pruebas ilícitas dentro del proceso, por lo que se ha pasado entre la permisión del empleo de la prueba ilícita, si ésta es pertinente y útil para el proceso, por lo que la ilicitud sólo tenía efectos para sancionar a su responsable pero dentro de otro escenario (administrativo, disciplinario, civil o penal); su exclusión sólo si no resulta relevante para la resolución efectiva del caso y la búsqueda de la verdad; y la prohibición de la prueba ilícita, por atentar contra normas y principios constitucionales.

La tendencia actual se mueve por esta última opción, no obstante, frente a ciertos casos, específicamente aquellos que suponen un grave desconocimiento de derechos fundamentales o por generar un gran impacto o alarma social o por cualquier otro motivo de importancia para una sociedad determinada, parecen surgir nuevas teorías que plantean nuevos criterios de excepción a la regla de exclusión. En este último contexto surgen la teoría de la proporcionalidad y las pruebas ilícitas derivadas⁵¹. (Pellegrini, 2007, p. 60.)

Así se ha explicado por la doctrina:

La teoría, hoy dominante, de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, *recavadas inflingiendo* (sic) los principios o las normas constitucionales, viene, por ende, atenuada por otra tendencia que busca corregir posibles distorsiones a que la rigidez de la exclusión podría llevar en casos de excepcional gravedad. Se trata de lo denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, o sea, de un criterio de proporcionalidad, por lo cual los tribunales de la entonces Alemania Federal, siempre en carácter excepcional o en casos extremadamente graves, han admitido la prueba ilícita, basándose en el principio del equilibrio entre los valores fundamentales contrastantes”.

“Es importante observar que el principio alemán de la proporcionalidad recuerda la construcción jurisprudencial de la razonabilidad, tan importante y significativa en las manifestaciones de la Suprema Corte americana”. (Pellegrini, 2007, p. 60.)

Según esta teoría no toda prueba ilícita debe ser excluida como quiera que en algunos casos su admisión y valoración podrían resultar definitivos en beneficio de la eficacia del proceso penal y la búsqueda de la verdad, sin embargo la selección de una u otra alternativa deberá ser el resultado de un ejercicio serio y razonable en el que se sopesen los derechos

⁵¹ “La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron, durante algún tiempo, en cuanto a la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que admitía la prueba relevante y pertinente, pregonando apenas la punición del responsable por el acto ilícito (penal, civil o administrativo) practicado en la recolección ilegal de la prueba, se llegó a la conclusión de que la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser excluida del proceso, por más relevantes que sean los hechos por ella apurados, una vez que se sume al concepto de inconstitucionalidad, por vulnerar normas o principios constitucionales —como, por ejemplo, la intimidad, el sigilo de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la propia integridad y dignidad de la persona—. “Hoy esa posición es francamente dominante. Pero dos puntos aún dividen las preferencias de la doctrina y de la jurisprudencia. Tratase de la denominada *teoría de la proporcionalidad* y de la cuestión de las llamas *pruebas ilícitas por derivación*. Es lo que se pasa a examinar”.

fundamentales en conflicto y la valoración del daño o lesión que se causaría sobre cada uno de ellos de admitirse una prueba ilícita dentro del proceso.

En concreto se pondría en una balanza dos derechos fundamentales, respecto de los cuales el funcionario deberá analizar su importancia y mayor o menor valor dentro del ordenamiento jurídico; por ejemplo, por un lado aparecería el derecho fundamental lesionado con ocasión de la obtención y práctica de una prueba ilícita, como lo sería el derecho a la intimidad frente a una interceptación telefónica ilegítima o el derecho a la dignidad humana por un testimonio conseguido a través de actos de tortura y, por el otro lado, se encontraría el derecho fundamental que se vio afectado con la conducta punible objeto de investigación, por ejemplo el derecho a la vida o la integridad personal. En consecuencia, como lo determina el propio test de proporcionalidad, deberá optarse por aquel derecho que tiene un mayor valor dentro del ordenamiento jurídico respecto de aquel que resulta sacrificado.

Nuestra doctrina nacional ha opinado al respecto: “(...) Para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas (...)”. (Parra, 2006, p. 41). La doctrina internacional se ha pronunciado en sentido similar al aquí expuesto⁵². (Cadena & Herrera, 2005, p. 46)

Los límites a la actividad judicial y, en particular, la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia aludidos anteriormente podrían verse fácilmente desdibujados con esta teoría, toda vez que se estaría legitimando el empleo de cualquier medio, incluyendo, por supuesto, aquellos que son contrarios a normas constitucionales y legales, en pos de la efectiva represión de los delitos que aquejan una determinada sociedad.

⁵² “(...) Así, para MINVIELLI, planteadas situaciones excepcionales como las referidas en un comienzo, el principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía o aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, que se produce una antinomia – de las tantas que conoce el proceso – entre el derecho protegido mediante la aplicación de las reglas de exclusión y aquel otro derecho que la regla lesiona. La cual, consideramos debe ser resuelta mediante la aplicación de un criterio de proporción, admitiendo la prueba ilícita cuando ella sea el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto. Y ello, en función de que los derechos no son ilimitados; todos los derechos tienen sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, por sí misma establece en algunas ocasiones (...)”.

Por lo anterior esta teoría ha sufrido grandes críticas, al considerarse, entre otros argumentos, que se estaría perdiendo el ‘fundamento ético’ que ha inspirado la construcción del concepto de prueba ilícita o ilegal⁵³. (Cadena & Herrera, 2005, p. 46)

El profesor WINFRIED HASSEMER sostiene que, debido a los medios de comunicación, la sociedad percibe la violencia y su ejercicio como una experiencia más cercana y visible, lo que lleva a que, en contrapartida, la seguridad ciudadana se configure como un bien jurídico de mayor importancia y, en lugar de descriminalizarse o atenuarse ciertos comportamientos, se creen nuevos tipos penales o se endurezcan las sanciones respecto de los ya existentes. Ante este panorama, el derecho penal debe cargar con todas estas expectativas sociales que le exigen mayor eficacia, por ello para su logro se utilizan, entre otros, el criterio metódico de la ponderación de bienes. Así lo advierte:

La ponderación de intereses es un respetable método jurídico. Quien quiera resolver o también decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos. Actualmente este método se recomienda por su flexibilidad y capacidad de adaptación a la situación concreta: puede legitimar decisiones cambiantes en cada caso y simplificar complejas situaciones decisorias. La ponderación de intereses es, por tanto, también un método “moderno”, del que se hace uso frecuente y gustosamente en el Derecho penal, como lo demuestran los siguientes ejemplos: (...) en casos de grave criminalidad, la valoración como prueba de datos privados provenientes de diarios íntimos. En todo esto opera un mecanismo evidente: en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ej., con *los principios de culpabilidad, proporcionalidad, “in dubio pro reo” protección de la intimidad*, etc. Precisamente, prescindiendo en parte de estos principios y funcionando como un instrumento contundente, es como el Derecho penal aumenta su eficacia. (Winfried, 1992, p. 183-195)

⁵³ “(...) En contra del mencionado postulado, sostiene EDWARDS, que el criterio de proporción se nos presenta sumamente peligroso, ya que implica una verdadera desnaturalización de la prueba ilegal, principalmente de su fundamento ético: no puede avalarse de ningún modo la persecución penal a cualquier costo, ya que ellos significa aceptar que el fin justifica la utilización de indiferente medios; y nunca el fin, por más loable que sea, como resulta el castigo del delito puede justificar el empleo de cualquier medio para lograrlo(...)”.

Acercándonos al contexto colombiano, ese posible conflicto entre los derechos fundamentales del individuo frente a los derechos de la víctima o de la colectividad a la búsqueda de la verdad material y la realización de la justicia podríamos decir que se encuentra resuelto desde la misma Constitución Política, toda vez que de entrada no es necesario realizar ningún ejercicio de ponderación para determinar si se permite o no el ingreso de una prueba ilícita al proceso, dado que en el mismo texto superior se prevé la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso. Es decir, tenemos una clara prohibición de emplear pruebas ilícitas dentro de un proceso y es por ello que la protección de los derechos fundamentales y, en particular, la obtención de la verdad a través de medios legítimos y en respeto del debido proceso se erige como un límite de la facultad punitiva del Estado. Es por esto que creemos que frente a este primer conflicto, más allá de evidenciarse frente a casos concretos, no es necesario aplicar ningún test de proporcionalidad o ejercicio de ponderación.

No ocurre así cuando trata de analizarse las consecuencias concretas de la prueba ilícita dentro de un proceso, esto es, el análisis que deberá emprender el funcionario acerca de si aquella prueba resultaba o no decisiva frente a la resolución de los hechos investigados o del juicio de responsabilidad realizado al procesado, como para decretar la nulidad del proceso o desestimar un fallo de condena, o si esa prueba ha sido obtenida a través de un delito de lesa humanidad que también ameritaría la anulación de la actuación. O también cuando trata de determinarse si una prueba derivada tiene algún origen en aquella reputada como ilícita.

Al estudiar algunos casos, como se verá en el siguiente capítulo, no resultan claros los criterios de argumentación que se aplican para la resolución del problema jurídico que se somete a su conocimiento, los cuales, en cumplimiento de su deber de motivación, deberían hacerse explícitos en la sustentación de la decisión que finalmente se adopta. Y, lo más importante, frente a casos similares debería proporcionarse la misma solución en derecho, no obstante parecen estar en direcciones completamente distintas, lo cual es violatorio de mínimas garantías sustanciales como el derecho a la igualdad. Por esta razón creemos que debería hacerse un uso adecuado de los métodos dogmáticos de proporcionalidad (Bernal, 2008, p. 132-133)⁵⁴ y ponderación (Bernal,

⁵⁴ “El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor ahínco en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta

2008, p. 97)⁵⁵ para así dotar de mayores elementos de racionalidad a la argumentación que se provee en cada decisión judicial y así evitar fallos contradictorios.

La ponderación sirve como criterio de interpretación de los principios –entendidos como derechos fundamentales- sin embargo cuando entran en conflicto y se quiere determinar si es admisible la reducción del ámbito de protección de uno de ellos a favor del otro o establecer si un tratamiento desigual, frente a la aplicación de cierta norma o medida legal o administrativa, es razonable o no, resulta conveniente aplicar el test de proporcionalidad compuesto de sus tres subprincipios, a saber, de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁶. (C.C. Sentencia T- 555 de 2011)

El profesor Robert Alexy también ha identificado tres elementos estructurales del juicio de ponderación, a saber, la ley de la ponderación⁵⁷ (Bernal, 2008, p. 99), la fórmula del peso⁵⁸ (Bernal, 2008, p. 102) y las cargas de argumentación⁵⁹. Si bien es imposible erradicar algún grado de subjetividad, y por ello se han formulado algunas críticas a esta teoría, dado que desde el comienzo el intérprete puede inclinarse hacia la protección de determinado derecho o principio, asignándole a sus variables mayor relevancia que al otro en conflicto, por lo menos sí llama la atención acerca de la necesidad de exigir la aplicación de criterios de razonabilidad,

vinculante para el legislador. En la jurisprudencia colombiana, este principio ha estado vinculado sobre todo con la aplicación del principio de igualdad. Sin embargo poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre derechos fundamentales, en las que sobre todo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible. Dentro de esta expansión general, desde un tiempo atrás la Corte Constitucional ha venido reiterando que este principio debe aplicarse inexorablemente en el control sobre la creación legislativa de los delitos y las penas y sobre su imposición por parte del juez”.

⁵⁵ “(...) la ponderación es la forma en la que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

⁵⁶ “en la sentencia T-422 de 1992, la Corte Constitucional indicó, como pautas orientadoras, que el trato desigual no afecta el principio de proporcionalidad si es: a) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; b) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales, para alcanzar el fin válido; y c) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tienen un mayor valor en el ordenamiento que aquél que se pretende satisfacer con el trato diferenciado”.

⁵⁷ “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

⁵⁸ “Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2°, o sea I; medio 2, o sea 2; e intenso 2, es decir 4. En cambio a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro: 2°, o sea I; plausible 2⁻¹, o sea ½; y no evidentemente falso 2⁻², es decir, ¼”.

⁵⁹ “Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula de peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos”.

racionalidad y proporcionalidad en la fundamentación de toda decisión judicial⁶⁰ ((Bernal, 2008, p. 62-70)), de modo que el funcionario judicial, al momento de adoptar cualquier determinación y exponer los argumentos que la sustentan, tendrá unas cargas que a su vez permitirán valorar la corrección jurídica de esta decisión, por ejemplo, que se ajuste a los principios de la lógica, que se apoye en una norma jurídica real y válida –no necesariamente legal-, que no se muestre caprichosa o arbitraria, que sea clara, consistente y completa tanto normativa como conceptualmente y que esté en equilibrio con los diferentes intereses en conflicto, es decir, tanto los del individuo como los de la comunidad.

Los anteriores criterios son simplemente enunciativos sin embargo si ponen de presente la necesidad de tener algunos criterios lógicos y jurídicos que le permitan al funcionario judicial fundamentar adecuadamente sus decisiones pero también proporcionarle a la comunidad mayores elementos de juicio que le permitan examinar la corrección de dichas decisiones judiciales. En consecuencia, estos criterios no sólo le serán útiles al legislador para la configuración de los delitos y las penas o a la Corte Constitucional para el control de constitucionalidad de sus leyes o el examen de las actuaciones administrativas o judiciales sino

⁶⁰ “La racionalidad es un concepto más abstracto y complejo que los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad. Este concepto surge en la teoría jurídica como sucedáneo de la objetividad (...) El elemento mencionado está compuesto por los siguientes criterios (...) Primero criterio: claridad y consistencia conceptual (...) Segundo criterio: consistencia normativa (...) Tercer criterio: saturación (...) Cuarto criterio: lógica deductiva (...) Quinto criterio: respeto de las cargas de argumentación (...) Sexto criterio: consistencia argumentativa y coherencia (...) El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece con frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos y también en las de nuestra Corte Constitucional. La utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales. Desde sus orígenes en el derecho constitucional alemán, así como en su recepción en otros ordenamientos, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (...) En el derecho público español, el criterio de razonabilidad se utiliza por los jueces –señaladamente por el Tribunal Constitucional- para fundamentar sus decisiones, y se emplea por la comunidad jurídica y política para valorar la corrección de sus decisiones jurisprudenciales. Según una primera acepción, expuesta en particular por MANUEL ATIENZA, la razonabilidad sería un concepto subsidiario de la “*estricta racionalidad*” de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones jurisprudenciales. De acuerdo con ATIENZA, una decisión es “*estrictamente racional*”: 1. Si respeta las reglas de la lógica deductiva; 2. Si respeta los principios de la racionalidad práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad); 3. Si encuentra fundamento en una fuente jurídica, y 4. Si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos en el ordenamiento jurídico (...) Una decisión es razonable: 1. Si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto, y 2. Si ella es admisible por la comunidad, entendida como auditoria ideal (...) En un ulterior significado, más restringido, una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima”.

también al juez al resolver los concretos problemas jurídicos que se le plantean dentro del proceso.

Así lo hace explícito el Código de Procedimiento Penal de 2000, al establecer como una de sus normas rectoras los moduladores de la actividad procesal, que en su tenor literal indica lo siguiente: “ARTÍCULO 27. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”. (Destacado nuestro). (Ley 906 de 2004)

Decíamos anteriormente que la teoría de la proporcionalidad no tendría cabida en nuestro sistema jurídico, dado que una vez se advierte la existencia de una prueba ilícita dentro del proceso, el funcionario judicial tiene la obligación de excluirla, sin que pueda tener en consideración aspectos adicionales como lo podrían ser, por ejemplo, los derechos fundamentales de la víctima que han sido vulnerados con ocasión de la conducta punible que allí se investiga o los derechos de la sociedad a la seguridad o a obtener justicia.

No obstante lo anterior, el panorama no es tan sencillo toda vez que al funcionario también se le exigirá gran acierto y corrección al momento de enfrentarse con numerosos problemas jurídicos relacionados con la prueba ilícita, por ejemplo, establecer el grado de incidencia que tiene una determinada irregularidad sobre el derecho al debido proceso, si ésta irregularidad es menor o irrelevante o, por el contrario, afecta principios y derechos fundamentales y podría calificarse de ilícita y de configurarse realmente este último escenario, qué consecuencias tendría dentro del proceso; es aquí, en cada uno de estos supuestos, que se hace necesaria la aplicación de criterios estrictos de argumentación y de una juiciosa ponderación de los derechos en conflicto.

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, emprendemos el estudio de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, en los últimos años sobre algún aspecto relacionado con la prueba ilícita, como se verá en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS

Los temas desarrollados en los capítulos anteriores tenían como propósito principal aportar claridad sobre algunos conceptos básicos, esto es, desde la noción de prueba ilícita hasta los principios constitucionales que la llenan de contenido y justifican su existencia dentro del sistema jurídico, por lo que ahora, a partir de esos importantes fundamentos teóricos, podrá revisarse, desde una perspectiva crítica, su real vigencia dentro de la práctica judicial y por ello resulta necesario remitirnos a los casos concretos que ha conocido esta máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria –penal-, para así entender que peso tienen todos los anteriores elementos al momento de resolver una pretensión que involucra una prueba ilícita o ilegal.

3.1 Metodología de Revisión de la Jurisprudencia

Siguiendo las orientaciones del profesor Diego Eduardo López Medina (2006), para poder identificar la existencia de una posible línea de jurisprudencia -y dentro de ella las posibles sentencias hito- respecto de un tema en específico, es necesario formular un interrogante o “un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas”. (p. 141)

Por ello, las preguntas que se intentarán resolver en el desarrollo de este capítulo, se pueden plantear de la siguiente manera:

- ¿Cuál es el nivel de aplicación, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de la regla de exclusión en un caso concreto?
- ¿Qué clase de argumentos, de orden fáctico o jurídico, se exponen para aplicar o descartar la regla de exclusión en un caso concreto?

Una vez identificado el problema jurídico, debía buscarse “un punto de apoyo” (López, 2006, p. 168), por ello se acudió a la relatoría de la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la ciudad de Bogotá cerca del palacio de justicia, y allí se comenzó la búsqueda de los fallos más recientes dictados sobre prueba ilícita, encontrando que la última providencia incluida en su base de datos es un auto de agosto 19 de 2015, con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera (Radicación 46312), por lo que a partir de esta decisión se hizo un rastreo de aquellas proferidas en los últimos cinco años, llegando así al auto de febrero 9 de 2011, radicación 32299, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero. En este recorrido, se estudiaron tanto sentencias como autos, aunque, en realidad, existe un mayor número de este último de providencias toda vez que en el examen que realiza la Corte Suprema acerca del cumplimiento de los requisitos formales y materiales previstos en la legislación procesal penal, a efectos de su admisibilidad, la mayoría de las demandas no los superan y por ello, en abundancia, se profieren autos de inadmisión que si bien son susceptibles de un último recurso de insistencia, en ocasiones tienen éxito.

En concreto, se encontraron 52 providencias sobre prueba ilícita en la relatoría de la Corte, no obstante dos de ellas debieron ser descartadas toda vez que una no hacía referencia al tema aquí investigado y la otra, por ser reservada, no pudo conocerse integralmente su contenido, por lo que al ignorarse su parte resolutive no hizo parte de este estudio. En listado anexo, al final de este capítulo, se hace una relación de cada una de estas decisiones.

La mayoría de estas providencias son dictadas bajo el trámite del sistema oral acusatorio, lo cual se explica por el período de estudio que ha sido seleccionado, sin embargo, debido a la eliminación del requisito objetivo existente en las legislaciones procesales penales anteriores para el ejercicio del recurso extraordinario de casación, en tanto se exigía un determinado quantum de pena máxima del delito para que se hiciera posible la impugnación de la sentencia de segundo grado, esto a su vez ha permitido la presentación de un gran número de demandas que a su vez parece que equivale a un número igual de inadmisiones.

Igualmente, en su gran mayoría, las decisiones analizadas tenían el mismo marco fáctico, esto es, solicitudes, sea bajo la forma de recursos de casación o de apelación, de exclusión de

distintos medios de prueba que, según el criterio de los recurrentes, motivaban la revocatoria del fallo de segunda instancia –o de primera, de acuerdo con el caso- y la expedición del consiguiente fallo de reemplazo. Del estudio de estas providencias, podrán extraerse subreglas que ayudarán a establecer el panorama actual de la prueba ilícita y de la regla de exclusión.

3.2 Precisiones Conceptuales Preliminares

Sin perder de vista el objeto real de nuestro estudio, resulta conveniente realizar un pequeño repaso a los nuevos requisitos y finalidades de este recurso extraordinario, para así tratar de realizar un diagnóstico más acertado acerca de la verdadera aplicación de todos los principios constitucionales y normas legales que sustentan el instituto de la prueba ilícita a un caso concreto.

En términos generales, y de conformidad con los artículos 180 a 184 de la Ley 906 de 2004, estos serían los requisitos o exigencias que se deben cumplir para lograr la admisión de la demanda que desarrolla el recurso de casación, así:

- Tener interés para impugnar.
- Señalar con precisión la causal que haya configurado la vulneración de garantías o derechos fundamentales.
- Explicar con claridad y de forma suficiente los fundamentos de los cargos planteados. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos ha señalado que la censura debe acatar los siguientes aspectos:

Las exigencias de lógica y pertinente demostración definidas por el legislador y desarrolladas por la jurisprudencia, con el fin de evitar la transformación de este recurso extraordinario en una *instancia adicional* a las ordinarias. Tales requisitos se orientan a conseguir el desarrollo de los libelos dentro de unos mínimos lógicos y de coherencia en la postulación y demostración de los cargos propuestos, en cuanto resulten inteligibles, esto es, precisos y claros, pues no corresponde a la Corte en su

función reglada de orden constitucional y legal, develar o desentrañar el sentido de confusas, ambivalentes o contradictorias alegaciones de los impugnantes en casación. (C.S.J. Auto de abril 27 de 2012 – Rad. 37462)

Igualmente, debe anotarse que dependiendo del yerro planteado, esto es, si es un error de hecho o de derecho y los distintos falsos juicios que se pueden configurar, también la jurisprudencia ha señalado los requisitos que deben cumplirse, por ejemplo, cuando se plantea la nulidad de la actuación debe indicarse el tipo de error que se ha configurado (vicios de estructura o de garantía), los fundamentos fácticos, las disposiciones que se estima han sido vulneradas, la extensión de la nulidad, es decir a partir de qué acto procesal debe decretarse la nulidad y demostrar que no existe un mecanismo distinto para restablecer las garantías afectadas, así como la trascendencia de esta irregularidad en el sentido del efecto perjudicial y nocivo que ha tenido sobre los derechos fundamentales o sobre el debido proceso.

- Debe explicarse la finalidad del recurso, es decir, indicar si se busca la ‘efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos o la unificación de la jurisprudencia’ (Artículo 180 *ibidem*).

Como se advierte, los requisitos anteriores son bastante exigentes y basta con incumplir alguno de ellos para generar la inadmisión de la demanda, lo cual ocurre con bastante frecuencia, como ha podido constatarse con la revisión de un importante número de decisiones proferidas en los últimos años sobre prueba ilícita.

Después de estudiar más de 50 decisiones proferidas en los últimos años, el panorama es un poco desolador. Precisamente, de ese grupo de sentencias seleccionadas, alrededor del 80% de las demandas de casación presentadas son inadmitidas y aquellas que logran pasar ese filtro, de todas maneras no motivan la revocatoria de la sentencia de segunda instancia a través de un fallo de reemplazo, representando así un 12%; y el resto de decisiones no serían muy distintas de las anteriores, sólo que por razones de fuero, son conocidas en primera o segunda instancia por la Corte Suprema, pero en ellas también se han resuelto desfavorablemente alguna petición relacionada con la exclusión de una prueba ilegal e ilícita y podrían representar un 6%. Y sólo el

2%, que en nuestro grupo representaría realmente sólo una decisión, en la cual se reconoció la existencia de una prueba ilícita dentro del proceso, derivando así el efecto-sanción de inexistencia jurídica y para ese caso concreto motivó la expedición de un auto inhibitorio por tratarse de una investigación adelantada en contra de un Representante a la Cámara (proceso contra Wilson Alfonso Borja Díaz, sobre el que volveremos más adelante).

Lo anterior nos permite hacer varias lecturas de esta situación. Si bien es cierto, bajo el régimen de la Ley 906 de 2004 se advierte una mayor flexibilización y, en consecuencia, apertura en el análisis de las demandas de casación, debido al mayor énfasis que se le asigna a las finalidades del recurso en cuanto a la efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías sustanciales de los sujetos procesales, al parecer el filtro sólo ha cambiado de lugar. Es decir, con la ley 600 de 2000 o con el Decreto 2700 de 1991, la procedencia del recurso de casación dependía de la pena máxima prevista en la ley de, por lo menos, uno de los delitos objeto de condena, lo que llevaba a descartar un número importante de procesos, no obstante, si bien con la ley 906 de 2004 se eliminó este requisito, la mayoría de las demandas no superan el examen de admisibilidad.

Y es que los argumentos a los que se puede acudir para inadmitir una demanda son variados, los cuales van desde la indebida selección de la causal, el exiguuo desarrollo del cargo, la ausencia de explicación sobre la finalidad del recurso o hasta la hipótesis más exigente que sería la adecuada selección del cargo y la presentación de un desarrollo coherente del mismo pero la falta de sustentación acerca de la trascendencia del yerro y su proyección sobre la sentencia; y para ello se recurren a muchas afirmaciones que ya son de común utilización, como que el casacionista sólo intenta imponer su particular punto de vista y apreciación de las pruebas o que el cargo no fue suficiente para desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia de segundo grado o que los planteamientos se presentaron de manera tan suelta y deshilvanada, que parece que se estuviera tramitando una instancia más.

Las modificaciones legislativas mencionadas le han dado indudablemente un nuevo enfoque a este recurso extraordinario, lo cual se ha podido advertir de manera más inmediata en la forma como se aborda el estudio de las demandas, pues basta comparar los autos proferidos en

vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2000 con aquellos dictados bajo la ley 906 de 2004, para entender que por lo menos el discurso está cambiando y que ahora se busca dar mayor alcance a los fines del recurso (efectividad del derecho material, respeto de las garantías, reparación de los daños o unificación de la jurisprudencia, los cuales son similares a los previstos en la Ley 600 de 2000⁶¹, que a aspectos meramente formales.

De todas maneras, ante el número de demandas inadmitidas, esto no parece ser suficiente. Si bien hay un cambio de mentalidad, es evidente que se recurre una y otra vez a cuestiones de forma, incluso por la carga de trabajo que implicaría conocer un número mayor de demandas de las que ya son objeto de decisión, por lo que aparentemente este es el mecanismo más simple de depurar y seleccionar sólo aquellas que, tal vez, podrían provocar un pronunciamiento de fondo (como un fallo de reemplazo o la declaratoria de nulidad de la actuación, entre otras opciones).

Pero el amplio número de inadmisiones no sólo se explica por la postura asumida por los funcionarios judiciales al momento de revisar las demandas de casación –aunque sigue siendo un gran factor-, sino también, en muchas ocasiones, por la debilidad de los planteamientos que allí se formulan. Es cierto que la estructuración de una demanda exige gran conocimiento de la técnica de este recurso y un desarrollo exhaustivo de cada uno de los requisitos definidos para la adecuada proposición de cada cargo y a veces ni siquiera esto parece ser suficiente, pero también en bastantes oportunidades se observa que con la presentación de la demanda sólo se buscaba consolidar el término de prescripción de la acción penal –por lo menos en los procesos tramitados en vigencia de la ley 600 de 2000- o simplemente probar suerte y por ello se exponen un sinnúmero de situaciones accidentales que se quieren presentar como graves irregularidades sustanciales o como importantes yerros normativos o de apreciación probatoria. Es por esto que en ciertos casos, la responsabilidad parece ser compartida.

⁶¹ “**ARTICULO 206. FINES DE LA CASACION.** La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada”.

3.3 Análisis Concreto de la Jurisprudencia.

Teniendo en cuenta el escenario anterior, abordemos ahora el estudio de las decisiones que aquí nos interesan.

Acerca de la técnica de casación definida por la Corte Suprema de Justicia para atacar una prueba ilícita o ilegal, no se encuentran variaciones significativas bajo los dos sistemas procesales –regulados por las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- y así se reitera en todas las decisiones.

En resumen, las consecuencias de haberse incorporado una y otra –ilícita o ilegal- son distintas, dado que tratándose de la primera –ilícita- el funcionario judicial, una vez compruebe su existencia, siempre y en todo caso deberá excluirla, así como sus derivadas, e, incluso, deberá decretar la nulidad del proceso si la prueba fue obtenida a través de actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial –dentro de los procesos tramitados bajo el sistema oral acusatorio (Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691⁶²), por lo que también se enviará el expediente a otro juez de conocimiento. Si la prueba es ilegal deberá examinarse si la formalidad o los requisitos previstos para la producción y práctica de una prueba son o no de carácter esencial o fundamental y, de ser así, sólo en ese evento deberá excluirse el medio de convicción atacado. (C.S.J. Sentencia de agosto 11 de 2015 – Rad. 46102⁶³)

⁶² “En verdad, si el medio de prueba es ilícito, siempre y en todo caso, debe ser excluido del ámbito de valoración del funcionario judicial; incluso, atendiendo una visión del máximo órgano de la jurisdicción constitucional (CC C-591 de 2005) se precisó que en el nuevo régimen de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria procede la «nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto». (En este sentido, consultar CSJ SP, 24 ago. 2011, rad. 35.532)”.

⁶³ “(...) si el medio de prueba es ilícito, siempre y en todo caso, debe ser excluido del ámbito de valoración del funcionario judicial; incluso, atendiendo una visión del máximo órgano de la jurisdicción constitucional (CC C-591 de 2005) se precisó que en el nuevo régimen de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria procede la «nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto». (En este sentido, consultar CSJ SP, 24 ago. 2011, rad. 35.532). Ahora, si la prueba es irregular, existen dos hipótesis. Cuando el rito pretermitido o vulnerado no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de tal, pues no toda anomalía afecta su validez. Únicamente, de ser fundamental la formalidad que entraña el acto procesal, aquel debe afrontar exacto efecto-sanción de inexistencia”.

Ahora bien, el artículo 29 constitucional dispone que será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso lo que no significa la invalidez de la actuación procesal sino de la prueba en sí misma, por lo que una vez comprobada la violación de derechos fundamentales o de un rito sustancial, la sanción es la inexistencia jurídica de la prueba y, en consecuencia, su exclusión del proceso, dado que ninguna decisión podría basarse en este medio de convicción incorporado u obtenido de esta forma. (C.S.J. Auto de octubre 26 de 2011⁶⁴)

Con base en lo anterior, si se reclama la aplicación del artículo 29 constitucional, inicialmente deberá precisarse si se trata de una prueba ilícita o ilegal. Si corresponde a una prueba ilícita, deberá diferenciarse dos hipótesis, de las que dependerá la selección de la causal.

Si el vicio o la violación de derechos fundamentales se proyectó o afectó todas las pruebas incorporadas al proceso, como ocurre con la prueba ilícita y sus derivadas (teoría de los frutos del árbol envenenado) deberá proponerse el cargo a través de la causal segunda –prevista en la ley 906 de 2004, artículo 181⁶⁵–, esto es, la nulidad de la actuación. Pero si sólo se busca atacar un determinado medio de convicción, deberá acudir a la causal tercera⁶⁶ por violación indirecta a la ley sustancial, en su modalidad de error de derecho por falso juicio de legalidad. Igual causal deberá escogerse cuando se denuncie la ilegalidad de un medio de prueba ilegal (C.S.J. Auto de agosto 19 de 2015 - Rad. 46312)⁶⁷.

⁶⁴ “Pues bien, conforme con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política: *“es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*; lo cual significa que cuando se violan las formas sustanciales del medio probatorio o cuando el mismo se incorpora al proceso con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba”. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Sentencia de mayo 31 de 2012. En el mismo sentido “La expresión “nulas de pleno derecho” en manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita, según se configure cualquiera de las situaciones antes reseñadas”.

⁶⁵ “Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”.

⁶⁶ “El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

⁶⁷ “Ahora, si de reclamar aplicación del último inciso del artículo 29 se trataba, según el cual, es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, el jurista tenía la carga de diferenciar si se estaba ante una prueba ilícita o ilegal. Y a pesar de que vagamente hizo una descripción de ellas, pasó por alto que, dependiendo de cuál se trate, y las consecuencias adversas que ella genere, la vía de ataque varía. Así, en el primer caso, si el vicio afectó la totalidad de los medios de convicción (teoría del fruto del árbol envenenado), lo correcto es denunciar el vicio por la causal segunda -nulidad-, y, en los demás casos, como lo que se busca es excluir el elemento, el reproche se ha de elevar por la senda de la causal tercera, por falso juicio de legalidad. El defensor, sin mayor precisión, eligió esta última, respecto de la cual cabe señalar que es una modalidad de error de derecho, que pretende

En los procesos tramitados bajo la ley 600 de 2004 se deberían seleccionar las mismas causales, sólo que conforme a una numeración distinta, esto es, la nulidad de la actuación con base en la causal tercera del artículo 207 y la proposición del falso juicio de legalidad de acuerdo con la causal primera de la misma disposición.

Debido a lo anterior, lo usual es que se proponga un falso juicio de legalidad, toda vez que la hipótesis generadora de nulidad es muy especial y, por ello mismo, puede ser de difícil ocurrencia.

Este error de valoración probatoria es un *yerro in iudicando* o de juicio -a diferencia de la nulidad procesal que corresponde a un *yerro in procedendo*-, por ello de comprobarse su trascendencia se casaría el fallo y se dictaría uno de reemplazo, que prescindiría de los medios de prueba ilícitos o ilegales denunciados con los que se demostró un hecho en particular.

Sobre esta causal se ha indicado lo siguiente:

Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial —**es decir, el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia**—; la que cuando se verifica por el desconocimiento de las reglas de producción, alude a errores de derecho que se manifiestan en **falsos juicios de legalidad** —**esto es, por la práctica o incorporación de los medios de conocimiento sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley**— o excepcionalmente por falso juicio de convicción —que se concreta cuando al elemento de persuasión se le concede un valor que la ley no le reconoce, o se le da uno diverso al contemplado en la normatividad, o se desestima el que en verdad se le prodiga en ésta—, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad —que concurre por distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio—, del falso juicio de existencia —que se manifiesta por

hacer efectivo el principio de legalidad de la prueba. Por su conducto se garantiza que las providencias judiciales estén soportadas en medios obtenidos y aportados al proceso según los parámetros fijados en el ordenamiento procesal penal”.

declarar un hecho probado con fundamento en un elemento de conocimiento inexistente, o cuando se omite la estimación de un allegado de manera válida al proceso— y del falso raciocinio —que se predica cuando se cae en la fijación de premisas ilógicas o irrazonables al apreciar la prueba como resultado del desconocimiento de las reglas de la sana crítica. (C.C. Auto de octubre 10 de 2012 – Rad. 39170,

Y en particular sobre el yerro que aquí nos interesa estudiar, ha sostenido la Corte:

“El falso juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar el medio de convicción al juicio oral, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y formalidades exigidas para cada medio. Entraña la apreciación material de la probanza por el juzgador, quien la acepta, no obstante haber sido aportada al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción, o la rechaza porque a pesar de estar reunidos los requisitos para su incorporación, considera que no los cumple”. (C.S.J. Auto de abril 18 de 2012)

“De manera que se incurre en el yerro cuando el fallador (i) otorga valor a una prueba que no cumple con los ritos legales exigidos para su formación o aducción al proceso, o (ii) niega valor a la que fue allegada con el lleno de los presupuestos necesarios para ese efecto”.

“En el primer evento, el censor tiene la carga de identificar el elemento probatorio que tacha de ilegal y de indicar las normas legales o constitucionales que por resultar desatendidas determinan su ilegalidad; además, debe demostrar que la falla efectivamente ocurrió, en cuanto el reproche no puede basarse en suposiciones o invenciones. En la segunda hipótesis, debe comprobar la legalidad de la prueba desechada por el juzgador”.

“En uno y otro caso le corresponde justificar la trascendencia del error judicial, es decir, expresar cómo de excluir ese medio de convicción los restantes conducen inexorablemente a una decisión totalmente opuesta a la que reprocha”. (Auto de agosto 19 de 2015 - Rad. 46312)

En resumen, la metodología definida por la Corte para desarrollar de manera adecuada este vicio impone inicialmente indicar cuál es el medio de prueba afectado de ilicitud o de ilegalidad y precisar su contenido, así como la forma como se obtuvo, ya sea por la violación de derechos fundamentales o por la pretermisión de alguna formalidad sustancial o, en la segunda hipótesis, precisar el medio de prueba y el cumplimiento cabal de los requisitos establecidos en la ley para su validez; también deberá explicarse su trascendencia, es decir, cómo el fallo hubiera sido distinto de prescindirse de aquel elemento de convicción y, por último, integrar esta proposición con los restantes materiales probatorios, de modo que si excluyera la prueba ilícita o ilegal como sus derivadas, los restantes medios de prueba no podrían respaldar o sustentar la sentencia o, en el otro supuesto, de haberse valorado, el sentido del fallo hubiera sido completamente distinto.

Como es posible advertir, la proposición y el planteamiento de este yerro no resulta sencillo y por ello son variados los argumentos que se pueden exponer para negar la admisión de este cargo, como pasará a verse con mayor detalle.

Primero debe decirse que la inadmisión de los cargos por prueba ilícita o ilegal parecen dictarse indistintamente en cualquier proceso, sin importar el delito por el que se ha dictado condena –aunque la mayoría de ellos son de cierta gravedad-. Es cierto que puede existir una mayor prevención y, si se quiere decir, reticencia, cuando se trata de algunas conductas que generan un mayor impacto social, como ocurre por ejemplo con el delito de terrorismo (caso de la bomba del nogal) (Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123) o que involucren derechos prevalentes de un menor de edad, como casos de abuso sexual, no obstante, éste no parece ser el criterio definitivo que sustenta el rechazo de un cargo por prueba ilícita o ilegal.

De todas maneras, la mayoría de las decisiones estudiadas se profirieron dentro de procesos adelantados por delitos de considerable gravedad, atendida su naturaleza y la pena máxima prevista en la ley, como ocurre con las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, concusión, concierto para delinquir agravado, hurto agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, terrorismo, homicidio agravado, entre otros, por lo que en la práctica, a pesar de la eliminación del requisito objetivo del quantum de la pena, parece que sólo

en estas actuaciones se considera razonable o justificado intentar el recurso extraordinario de casación.

Para ahondar lo anterior, vale la pena mirar con un poco más de detenimiento algunos casos y la respuesta que en concreto se les ha dado.

3.3.1 Línea Jurisprudencial Acerca de la Inadmisión o Rechazo de las Pretensiones sobre Prueba Ilícita o Ilegal

Se ha seleccionado las decisiones más relevantes, proferidas en los últimos años, en las que se puede advertir a grandes rasgos la postura de la Corte Suprema sobre este tema y su verdadera vigencia en nuestro sistema jurídico. Dentro de este grupo no sólo se ha tratado de seleccionar aquellas decisiones donde la Corte acoge un criterio bastante formalista al exigir una muy elaborada argumentación de cada uno de los requisitos del cargo, sino también la cara contraria, esto es, planteamientos irrelevantes, que también imponen la admisión de las respectivas demandas.

Pasemos entonces a analizar las providencias principales dentro este grupo, las cuales caen dentro de la misma órbita de decisión de las decisiones de inadmisión o rechazo, por lo que se ven como reiteración de un precedente definido por la Corte en esta materia, así:

3.3.1.1 Sentencias sobre prueba ilícita o ilegal principal.

1. Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la sentencia condenatoria dictada por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, de acuerdo con el cargo formulado por la vía de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, al haberse incorporado unos correos electrónicos de la víctima, con violación del derecho a la intimidad, pero también sin haber agotado el procedimiento establecido en los artículos 236, 237, 221, 222, 223, 224 y 225 de la Ley 906 de 2004, es decir, básicamente en lo que tiene que ver con las normas sobre las

diligencias de allanamiento y registro, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Se afirmó en la demanda que el vicio se presentó desde la audiencia de formulación de acusación cuando la Fiscalía descubrió esta información –los correos-, manifestando que habían sido obtenidos “de la interceptación de la página web del Colegio Virtual de la Universidad (...), de la cuenta de la menor y que los incorporaría en el juicio a través de un miembro de policía judicial, quien se encargó de su búsqueda” (Sentencia de julio 29 de 2015 – Rad. 42307), no obstante, de manera desleal, se habría sorprendido a la defensa cuando en la audiencia preparatoria se indicó que se incorporarían a través de la madre de la víctima, quien tenía autorización del Instituto de Bienestar Familiar para ingresar al correo de su hija.

Al decidir de fondo este cargo, la Corte Suprema, después de hacer varias consideraciones acerca de la cláusula de exclusión, considera que el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad no es absoluto y por ello puede ser afectado judicialmente en los eventos autorizados por la ley para obtener, por ejemplo:

La evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión, eso sí, con sujeción de las exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004, al igual que por sus padres en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad (...) Por lo tanto, desde el marco del derecho internacional, la Constitución Política y la ley, reitera la Sala que los padres en cumplimiento de la responsabilidad parental, las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de sus hijos menores, para garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan, pues no de otro modo, al estar bajo su amparo, pueden verificar el contenido de los mensajes y la clase de personas con las que interactúan a través de tales medios, que de ser necesario, permitan su

intervención oportuna para prestarles ayuda, auxilio, apoyo y defensa, conforme su encargo les demanda. (C.S.J. Sentencia de julio 29 de 2015 – Rad. 42307.)

En consecuencia, la madre de la niña, quien tenía la clave de acceso para la administración del correo institucional por ser titular de la cuenta, estaba legitimada para acceder a la información que allí reposaba sin que se afectara por esto el derecho a la intimidad de su hija, por lo que podía incorporarse a través de su testimonio sin que fuera necesario cumplir con los requisitos previstos para la diligencia de allanamiento y registro o de recuperación de información dejada al navegar por internet o someter sus resultados a un control de legalidad posterior. Es decir, si bien la información privada tiene protección constitucional, éste sería un caso excepcional dadas las circunstancias antes anotadas y los derechos prevalentes de un menor de edad que aquí se ven involucrados. Con base en estos argumentos el cargo fue desestimado.

Debido a que este cargo fue admitido en su momento y fue resuelto de fondo en la sentencia que aquí es objeto de estudio, los argumentos que se exponen son más amplios y detallados, a diferencia de lo que ocurre, como es apenas obvio, en un auto de admisibilidad, por lo que la motivación resulta suficiente y completa al precisar las razones fácticas y jurídicas por las que no se declara la prosperidad del cargo; no obstante lo anterior, queda la sensación de estar entrando a un terreno bastante ambiguo, dadas las pocas probabilidades de éxito que tiene éste recurso extraordinario, toda vez que, a pesar de la adecuada formulación del cargo, siempre parece encontrarse argumentos para sostener, a toda costa, la presunción de acierto y legalidad de la sentencia de segundo grado.

No se cuestiona esta decisión en particular, al no encontrar ninguna irregularidad en el hecho de que la madre de la menor, como titular del correo institucional y en ejercicio de los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, aporte ésta información como prueba documental, sin embargo la presentación de una demanda de casación parece ser una actividad fútil, ante su resultado habitual, casi esperado.

2. Se resuelve de fondo un cargo formulado bajo la causal de violación indirecta de la ley sustancial al incurrir la sentencia de segunda instancia en error de derecho por falso juicio de

legalidad al haber valorado los testimonios rendidos por dos desmovilizados que declararon debido a las presiones ejercidas por un teniente que cumplía funciones de policía judicial dentro de la investigación, como al haberse tenido en cuenta una base de datos que fue incorporada al proceso de manera extemporánea, esto es, después de haber concluido la etapa probatoria del juicio, por lo que no se trataba de una prueba legal, ni regular ni oportunamente allegada a la actuación.

Inicialmente la Corte señala que, frente al primer reparo, el cargo no debió ser propuesto a través de esta vía dado que se trataba de una prueba ilícita y no ilegal, sin embargo, superando estas deficiencias, tampoco se considera trascendente como para casar el fallo. En resumen, se sostiene que las referencias de supuestas presiones o constreñimientos, a pesar de haber sido relatadas por los mismos testigos y por otros más, no pasan de ser especulaciones del recurrente toda vez que la participación del investigador no fue autónoma y siempre estuvo bajo la dirección del Fiscal de conocimiento como también del Director Seccional del C.T.I, además que buena parte de su intervención se limitó a manejar una base de datos con más de cinco mil fotografías de los desmovilizados miembros del Bloque Norte de las Autodefensas, siempre bajo la coordinación del Fiscal instructor e, incluso, en muchas de las diligencias en presencia de un abogado defensor. Por otra parte, tampoco es cierto que la presencia del investigador hubiera sido necesaria para asegurarse que los testigos declararan acerca de lo previamente pactado, más cuando ni siquiera intervino en la mitad de dichas diligencias.

En cuanto al segundo reparo, si bien es cierto la Fiscalía infringió “los ritos procesales establecidos en la Ley 600 en tanto omitió incorporar debidamente a la investigación ese documento, así como trasladarlo al juicio en su oportunidad (...) Examinada sin embargo la motivación del *ad quem* lo que se advierte es que sí los tuvo por legalmente practicados y en consecuencia los valoró; diferente es que no los estimó suficientemente generadores de certeza en cuanto sustentaran la autoría endilgada a los reconocidos en la base de datos” (C.S.J. Sentencia de julio 8 de 2015, Rad. 41728), como quiera que la base de datos no fue la determinante sino el conocimiento previo que tenían los testigos acerca de la profesión, ocupación, residencia y actividad económica de los procesados. Es decir, a pesar que el Tribunal habría valorado una prueba ilegal, por desconocer los requisitos fundamentales para su

producción y práctica, el vicio denunciado no sería trascendente toda vez que el Tribunal tampoco le asignó mérito suficiente y por ello no fue determinante en el sentido de la condena.

3. Un caso que vale la pena mencionar, por haber sido de connotación nacional, es el de la bomba accionada en la Corporación Club el Nogal el día 7 de febrero de 2003 y en la cual perdieron la vida 36 personas, se ocasionaron lesiones a 158 y daños a numerosos automotores y edificaciones aledañas, entre ellas a 185 viviendas.

Al amparo de la causal de casación prevista en el artículo 207, numeral 3, de la Ley 600 de 2000, el casacionista alegó haberse emitido la sentencia en un juicio viciado de nulidad dado que se “se violaron los derechos humanos de varios de los testigos que fueron sometidos a tortura física, sicológica, amenazas y agresiones” (C.S.J. Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123). Precisamente, uno de los testigos relató que el video que fue divulgado por RCN fue dirigido por un capitán de la Sijin y fue producto de torturas físicas y sicológicas, tal como se afirmó en audiencia pública de juzgamientos. Y otros testigos también fueron sometidos a actos de tortura psicológica, uno de ellos por parte de funcionarios del DAS cuando se le trasladaba para rendir la diligencia de indagatoria y otro por parte de miembros del FBI durante el tiempo que estuvo recluso en los calabozos del DAS; estos hechos fueron denunciados oportunamente pero no han sido investigados.

La Corte hace una precisión inicial. Si bien es cierto la sentencia invocada por el censor, acerca del efecto de nulidad procesal en aquellos casos en que se haya obtenido una prueba a través de comportamientos que constituyen delitos de lesa humanidad, fue dictada a propósito del examen de constitucionalidad del artículo 457, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004:

(...) también es aplicable a los casos tramitados según los parámetros del sistema procesal anterior, esto es, la Ley 600 de 2000, pues así lo impone el respeto a la dignidad humana y, de manera especial, el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la comunidad internacional⁶⁸, particularmente a través de la

⁶⁸ Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia, así: i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; ii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986; iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobada por la Ley 74 de 1968; iv) Convención Americana

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada en Colombia a través de la Ley 78 del 15 de diciembre de 1986, los cuales se dirigen no sólo a combatir variadas formas de delincuencia, sino a establecer los marcos mínimos que deben gobernar los procesos judiciales, dentro de un respeto irrestricto por mínimos principios estatuidos a favor del procesado. (Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123)

De todas maneras, frente al caso en concreto, se consideró que no es posible aplicar este efecto invalidatorio, por las siguientes razones:

(...) toda vez que los actos de tortura y su incidencia en la producción de la prueba carecen de demostración. En efecto, como bien lo destacó el Ministerio Público en su concepto y así mismo lo concluyó el sentenciador, los supuestos actos de hostigamiento y violencia en contra del declarante Jaime Quiñones Rodríguez, desmovilizado de las FARC, los cuales éste concreta en choques eléctricos, amordazamiento, sumersión, violencia verbal y finalmente la elaboración por RCN de un video dirigido por un militar no pasan de la mera afirmación del presunto afectado, según así lo expuso en su declaración del 29 de julio de 2003. (C.S.J. Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123)

De esta manera, como quiera que no existen otros medios de convicción que lo corroboren, ni se conoce que los hechos manifestados hubiesen sido judicializados, menos aún los resultados de las pesquisas adelantadas por las autoridades, surge nítido que los actos constitutivos de tortura carecen de un respaldo probatorio distinto a la conveniente afirmación del enjuiciado; en tal sentido, dígase que la incapacidad médico legal de 3 días fijada al declarante no refleja por sí misma la materialidad de un acto de tortura, pues, al margen del dicho del deponente, se desconoce con certeza

sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972; v) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; vi) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992; vii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994; viii) Convención sobre la represión y castigo del Apartheid aprobada por la Ley 26 de 1987; ix) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994; x) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

su origen y el preciso contexto en que se produjo. (C.S.J. Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123)

Por otra parte, tampoco existe evidencia de la incidencia de los actos supuestamente constitutivos de tortura (en el evento en que estuvieren probados) en la libertad de deponente a la hora de rendir su versión. Por el contrario, lo que se observa en sus atestaciones es que fueron rendidas de manera espontánea y libre, exentas de cualquier acto de coerción, lo que descarta que fueran el producto de una coerción y, por ende, la configuración de la pretendida prueba ilícita. (C.S.J. Sentencia de abril 11 de 2012, Rad. 36123)

Y continúa la Corte con argumentos similares en los que se descarta cualquiera de los hechos a partir de los cuales se pretende respaldar este cargo.

En consecuencia, si bien se seleccionó adecuadamente la vía ante la solicitud de nulidad de la actuación procesal –aunque no precisó correctamente la norma-, lo que en realidad subyace es una diferencia de apreciación probatoria, dado que los juzgadores de instancia estimaron que no existía ningún elemento probatorio serio que diera respaldo a los actos de tortura, en contraposición a lo sostenido por la defensa, por lo que la Corte al no observar ningún motivo de invalidación del proceso o de exclusión probatorio, decide no casar la sentencia.

Esta decisión, en cuanto a sus fundamentos fácticos, es muy similar a muchas otras en las cuales si bien se ha seleccionado correctamente la causal de casación y se hace un desarrollo coherente de acuerdo con los requisitos definidos por la Corte en su jurisprudencia para la verificación de un determinado error, nunca parece ser suficiente, dado que en ocasiones se le exige al censor una comprobación en términos de certeza absoluta, lo cual es imposible de alcanzar incluso para el órgano acusador.

Creemos que imponer exigencias probatorias que no se desprenden de una valoración objetiva y ponderada del proceso, lleva a que se desconozca un principio de la lógica al exigirse

un grado de conocimiento en términos absolutos⁶⁹. (C.S.J. Sentencia de diciembre 5 de 2007 - Rad. 28432)

Se ignora por qué al momento de revisarse la admisibilidad de las demandas de casación el razonamiento deba ser distinto o no se aplique con todo su rigor éste principio de la lógica que impide exigir la comprobación de un hecho en términos de certeza absoluta. Es cierto que la sentencia de segunda instancia llega con una fuerte presunción de acierto y legalidad y sería el resultado de numerosos actos procesales, concatenados entre sí, que se supone han cumplido a cabalidad con todas las normas constitucionales y legales propias de un debido proceso y por ello resulta complejo que se acepte cualquier cargo que busque derruir los fundamentos fácticos o jurídicos de la sentencia de segundo grado –que forma una unidad jurídica con la primera-; sin embargo, si para la construcción de un juicio de responsabilidad tiene vigencia éste principio en cuanto a la no comprobación de un hecho en términos de certeza absoluta, así debería ser para la demostración de ciertos cargos, como ocurre con la coacción denunciada por algunos testigos, que por las circunstancias en que generalmente se realiza debido al propósito de su autor de que se mantengan completamente ocultos, resulta en extremo difícil exigirle al censor la demostración plena de cada uno de los elementos de la conducta constitutiva de constreñimiento o tortura, demandando casi la atribución de responsabilidad dentro de un proceso penal distinto y paralelo, imponiendo así una carga bastante difícil de cumplir.

4. Vale la pena destacar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en proceso de única instancia, en contra de Néstor Iván Moreno Rojas por los delitos de concusión –en calidad de autor-, interés indebido en la celebración de contratos –como determinador- y tráfico de influencias –como autor-.

Tanto el procesado como su defensor formularon diversas solicitudes de exclusión, las cuales fueron rechazadas integralmente y serán analizadas brevemente a continuación con el fin

⁶⁹ “Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena (...)”.

de conocer, en general, los argumentos que sobre este tema proporciona esta Alta Corporación Judicial.

Inicialmente, el procesado solicitó la exclusión de unos correos electrónicos cruzados con Mauricio Galofre por violación al principio de autenticidad y originalidad, sin embargo al respecto la Corte precisó que ninguna ilegalidad se advertía dado que estos documentos fueron aportados por Galofre en el desarrollo de su testimonio, quien manifestó ser uno de sus interlocutores y haberlos enviados a través de su cuenta de correo personal; por otra parte su receptora, si bien no recordó el contenido de cada uno de ellos, tampoco los tachó de falsos o ilegales, por lo que no es aceptable la pretensión de que no sean tenidos en cuenta. De todas maneras, sobre las solicitudes de exclusión probatoria en un proceso tramitado bajo la Ley 600 de 2000, que es el aplicable para las actuaciones seguidas en contra de un congresista de la República, la Corte Suprema precisó lo siguiente:

(...) la Ley 600 de 2000, procedimiento seguido en estos casos de investigación y juzgamiento de Congresistas, es un trámite especial y diferente al señalado en la Ley 906 de 2004 que implementó en Colombia un modelo de tendencia acusatoria.

Para estos casos opera el principio de permanencia de prueba, es decir, las pruebas se van recaudando a lo largo de la investigación y juzgamiento **no siendo viable en estricto sentido pedir su exclusión, sino, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, solicitarle al juez de conocimiento que no las valore cuando sobre ellas pesa una tacha por vicios de ilegalidad o ilicitud**; en el proceso de la Ley 906, como la prueba se recauda en el juicio oral, se creó por el legislador la figura de la exclusión cuando sobre algún elemento probatorio pueda predicarse su ilicitud o ilegalidad, precisamente para evitar que ingresen al proceso y sean conocidos por el juez. (C.S.J. Sentencia de Octubre 27 de 2014 – Rad. 34282) (Destacado nuestro)

Por otra parte, también se cuestionaron numerosos informes de policía judicial con base en diferentes motivos, por ejemplo, que no eran materia de juicio, porque no aparecían los documentos adjuntos que los soportaban o porque algunos de ellos no se encontraban firmados, porque no se había adjuntado la orden de trabajo correspondiente o por no haber sido trasladados de manera completa, entre otros.

Al respecto, la Corte Suprema responde lo siguiente:

(...) acorde con el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, no se consideran ni se tienen como pruebas, sino como criterios orientadores de la actividad investigativa, motivo por el cual su exclusión resulta improcedente. Ahora, puede suceder que se referencie algún informe de policía judicial, como así se ha hecho en esta sentencia, sin embargo, la valoración no se hace frente a lo que señale el informe, sino a los documentos que a través de éste se incorporaron al expediente, los cuales pasan a ser prueba documental. (C.S.J. Sentencia de Octubre 27 de 2014 – Rad. 34282)

Ahora, el tema que más nos interesa destacar, se refiere a la solicitud de exclusión que presenta tanto el procesado como su defensor acerca de una grabación que contiene la conversación sostenida entre Germán Olano Becerra y Miguel Nule Velilla en el apartamento de éste y en la cual también interviene esporádicamente Mauricio Galofre; esta grabación fue realizada por Miguel Nule y aportada por él mismo al proceso seguido en contra de Iván Moreno en el desarrollo de su diligencia testimonial. La defensa sostiene que se trata de una prueba ilícita por haberse violado el derecho a la intimidad de Germán Alonso Olano, toda vez que nunca se le pidió su consentimiento y por ello no aprobó su realización y tampoco se presentaría la hipótesis prevista por la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos (Vgr. decisión de febrero 9 de 2002, Radicación 19219) acerca de la posibilidad que tendría la víctima de realizar este tipo de grabaciones, dado que no podría tenerse a Miguel Nule como la víctima de un delito y tampoco buscaba evitar la comisión de alguna conducta de la misma naturaleza. Adicionalmente, también se cuestiona que su incorporación al proceso no hubiera cumplido los presupuestos señalados en la ley, que no se hubiera conservado frente a ella ninguna cadena de custodia y que también exista incertidumbre acerca de la totalidad de su contenido toda vez los mismos testigos Miguel Nule y Mauricio Galofre aceptaron que la grabación fue editada.

Sobre estas graves acusaciones, si bien la Corte no afirma expresamente que Miguel Nule sería la víctima de estos comportamientos punibles y por ello estaría autorizado a grabar este tipo de conversaciones, la justificación que plantea hace evidente lo anterior, dado que se indica que Miguel Nule no confiaba en sus socios debido a las exigencias económicas que continuamente

hacían y que excedían los acuerdos originales a los que habían llegado, por lo que como co-ejecutor de dichas conductas ilícitas “estaba recogiendo información fidedigna y contundente contra el ex Contralor Distrital y los hermanos Moreno Rojas, donde se revelaban las exigencias y pagos de comisiones, con el propósito de no quedar solo asumiendo toda la responsabilidad cuando eventualmente surgiera el escándalo a la luz pública. Motivación que lleva a colegir que su comportamiento estaba enfocado a registrar documentalmente la verdad, más no a falsearla”. (C.S.J. Sentencia de Octubre 27 de 2014 – Rad. 34282)

Además, todo lo anterior se vería respaldado con la condena dictada –también por la Corte Suprema de Justicia- a uno de los interlocutores de esa conversación, el ex congresista Germán Olano, como autor de los delitos de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Y se concluye lo siguiente:

En criterio de la Sala, la legalidad de la grabación se sustenta en que según lo relató Miguel Nule Velilla, se sentía “extorsionado” con los actos de presión de la administración Distrital, circunstancia que le permitía reunir la información que considerara relevante para denunciar ante las autoridades judiciales, tal como sucedió cuando grabó su propia conversación con Germán Olano Becerra, precisamente uno de los primeros condenados por el que se ha conocido como «carrusel» de la contratación de obras públicas en Bogotá. (C.S.J. Sentencia de Octubre 27 de 2014 – Rad. 34282)

Este caso representa un capítulo lamentable en nuestro país, al haberse descubierto un grotesco montaje, orquestado por funcionarios públicos del más alto nivel, que terminó en el saqueo de un exorbitante monto de recursos públicos que hasta ahora han arrojado algunas condenas pero sin posibilidades reales de recuperar, siquiera parte, de esas cuantiosas sumas de dinero. Una conducta de estas proporciones exige la imposición de una condigna sanción, no obstante, por lo menos frente a estas concretas peticiones de exclusión, se advierte el enorme esfuerzo argumentativo que debió hacer la Corte por defender lo indefendible, al aceptar que el co-autor de un grave delito contra la administración pública, que intenta protegerse de la conducta desplegada por otros partícipes, respecto de exigencias ilegales que excedían lo

previsto en un acuerdo también ilícito, puede equipararse a la situación de la víctima de cualquier delito, que por la misma situación –de desprotección o indefensión- en la que se encuentra, estaría legitimada para hacer una grabación en la que se demuestre el comportamiento punible que la está afectando.

Muy seguramente por ello la Corte en posteriores líneas precisa que con independencia de la legalidad o no de esta grabación, lo relevante en términos probatorios, para la demostración de la materialidad de las conductas punibles investigadas, sería la información aportada por los mismos testigos respecto de aquella conversación que constaba en la grabación.

Si siempre se encuentran argumentos para rechazar o desestimar cualquier fundamento fáctico o jurídico que da sustento a las numerosas solicitudes de exclusión, sea porque se estima que no se ha configurado ningún vicio en la producción o incorporación en la prueba o porque, a pesar de él, su incidencia es insignificante una vez ponderados los demás medios de prueba que soportan el juicio de responsabilidad, la prueba ilícita, como concepto, puede estar quedando en un simple desarrollo teórico que no se aplica con todo rigor en el trámite de un proceso penal o cuyos presupuestos no se constatan en la realidad por diferentes motivos, sea porque se trata de un caso de connotación nacional, o por la gravedad de los delitos investigados, o por las condiciones particulares en que se desplegó la conducta o, incluso, por las calidades especiales del procesado, o por el simple ánimo de defender la legalidad del procedimiento y, en particular, la actuaciones de los agentes del Estado –como los funcionarios de policía judicial o los representantes del órgano acusador-. Cualquiera de estas razones podría ser aplicable en alguno de los casos analizados atrás.

De hecho, como se vio anteriormente en los casos relatados, muchas de esas solicitudes de exclusión han sido formuladas desde la misma audiencia preparatoria o, por lo menos, debieron plantearse ante el funcionario de segunda instancia para evitar incurrir en la figura conocida como casación *per saltum*, por lo que no se trata sólo de una barrera difícil de superar en sede de casación sino una situación que se puede presentar en cualquier estadio del proceso.

A continuación vemos, como lo habíamos anunciado, demandas en las que se plantean cargos que no tienen un fundamento jurídico serio, por lo que al caer dentro del mismo campo de decisión del precedente construido a partir de las decisiones anteriores, también deben resaltarse.

5. En un caso tramitado por acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con el de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo, se solicitó la nulidad del proceso derivado de un falso juicio de legalidad, dado que a la madre de la menor víctima, en el momento en que la estaba acompañando para la práctica del examen sexológico no se le advirtió acerca de la excepción al deber de declarar por tratarse el presunto responsable de su cuñado y tío político de la menor; y este mismo supuesto vicio también afectaría la valoración psicológica practicada a la menor, así como el testimonio de la profesional que lo rindió. Por las razones anteriores, las pericias se habrían obtenido, en criterio del impugnante, vulnerando los derechos fundamentales de la víctima y de su progenitora.

Frente a lo anterior, varios son los argumentos que expone la Corte para inadmitir la demanda, los cuales compartimos plenamente. En primer lugar, el recurrente no estaba legitimado para reclamar esa supuesta falencia, toda vez que las únicas personas que tenían el interés jurídico de reclamar la observancia del derecho a no declarar contra los familiares más cercanos son la víctima y su madre, pero no la defensa del procesado; también se cuestiona que esta falencia no haya sido objeto del recurso de apelación para que respecto de este punto el Tribunal Superior hubiera tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, lo que denotaba conformidad en los argumentos de la primera instancia; el censor desconoció el principio lógico de no contradicción al solicitar la exclusión de las pruebas y, paralelamente, la nulidad de la actuación; igualmente parece confundir los tipos de parentesco al afirmarse que entre los cuñados surge un parentesco civil cuando en realidad es de afinidad y si bien también es de objeto de protección constitucional no lo es hasta el grado que concurre en la menor-tercero-; por último, no es cierto que en las valoraciones psicológicas o médicas deba advertirse al examinado acerca de su no obligación de declarar contra los parientes cercanos, toda vez que, además de ser un requisito sólo para las declaraciones judiciales, lo que se exige, a lo sumo, es la suscripción del consentimiento, lo cual se dio en el presente caso. Por todas las razones anteriores se procede a inadmitir la demanda. (C.S.J. Auto de mayo 25 de 2015 – Rad. 43926)

Si bien se ha destacado el excesivo formalismo que en muchas ocasiones parece imponerse en el estudio de las demandas de casación, también se ve el otro cariz y es el planteamiento indiscriminado de cargos, a veces por el esfuerzo de satisfacer la estricta carga de motivación exigida por la jurisprudencia, pero también a veces sólo por estrategia defensiva o para satisfacer, lo que podríamos llamar, intereses meramente particulares –es decir, que no buscan la protección de derechos fundamentales o garantías sustanciales de alguna de las partes-.

6. Se analiza la admisibilidad de una demanda presentada en contra de una sentencia dictada por hurto agravado por la confianza, en la cual se formuló un cargo de nulidad al considerarse que una prueba documental incorporada al proceso, (esto es, el acta de descargos tomada al acusado en el marco de proceso disciplinario interno y en la cual, después de escucharse a cuatro funcionarios de la empresa, aceptó su responsabilidad en los hechos pero sin estar asistido de un abogado defensor) es violatoria de derechos fundamentales, la cual a su vez habría afectado los demás medios de prueba como serían las declaraciones de los mismos testigos que lo hicieron dentro de dicha actuación disciplinaria interna.

Inicialmente la Corte sostiene lo siguiente:

Se vulneró el principio de corrección material que rige el recurso de casación, toda vez que escondió, negó o rechazó aquello que realmente ocurrió en el proceso, es decir, que su procurado no fue condenado por la confesión extrajudicial que él rindiera con ocasión de las indagaciones realizadas por funcionarios de la sociedad para la que laboraba, sino por las declaraciones de Roberto Urrea Arango (Jefe de Talleres), Alonso Aulestia Velasco (Jefe de Post venta) y Francia Stella Rivera Mercado (Gerente Regional), la prueba documental (órdenes de servicio tramitadas por el encartado) y la concurrencia de algunos indicios, tal y como lo ponderaron las instancias. (C.S.J. Auto de abril 29 de 2015- Rad. 45355.)

Por otra parte el censor tampoco logró explicar por qué las declaraciones de los funcionarios de la empresa rendidas en el juicio dependen de la aceptación de responsabilidad manifestada por el procesado en el proceso disciplinario o cuál es el vínculo directo sustancial entre aquellas y ésta, por lo que ante el deficiente desarrollo y demostración del cargo, además de

la indebida selección de la causal, toda vez que debió postularse por el sendero del error de derecho por falso juicio de legalidad, se inadmite la demanda de casación.

7. Un recurrente plantea, bajo la modalidad de error de derecho por falso juicio de legalidad, algunos vicios que también parecen irrelevantes. Sostiene, por ejemplo, que la entrevista rendida por la víctima ante una investigadora no fue incorporada correctamente a la actuación a través de su testigo de acreditación, esto es, con la funcionaria de policía judicial y por ello no se puede integrar al testimonio de la víctima cuando se le puso de presente en el curso del juicio oral, además que tampoco se le exhibió de manera previa al Juez y a los demás sujetos procesales. Al respecto se indica por la Corte que estas quejas son extrañas a la normatividad procesal y, en particular, a la utilidad que tiene este tipo de entrevistas, las cuales, como es sabido, sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Por otra parte, ningún cuestionamiento se puede hacer a la validez jurídica sólo porque la entrevista no se le enseñó primero al Juez y a los demás sujetos, toda vez que, además de haber sido leída, cualquiera pudo haber solicitado el examen directo del documento donde reposaba si se tenía alguna duda acerca de su originalidad. Y en cuanto al reparo que se hace acerca de que la entrevista no fue autenticada se responde que en realidad esto no ocurrió así dado que la víctima manifestó que sí la había rendido sólo que los hechos no habían sucedido de esa manera.

Finalmente, como el recurrente no demuestra que las pruebas atacadas se allegaron al proceso con desconocimiento de algún requisito o formalidad sustancial, se inadmite la demanda de casación. (Auto de mayo 25 de 2015 - Rad. 44070.)

3.3.1.2 Sentencia sobre prueba ilícita derivada.

Este caso hace referencia a una sentencia en la que se revisa un cargo de falso juicio de legalidad construido sobre la supuesta valoración de una prueba derivada de otra con vicios en su producción y que en su momento no fue tomada en cuenta.

Acerca de los presupuestos que deben demostrarse tratándose de una prueba ilícita o ilegal derivada, la Corte Suprema ha sostenido lo siguiente:

En efecto, si lo procurado, en concreto, es la aplicación de la cláusula de exclusión, descrita en el artículo 29 Constitucional, y desarrollada en los artículos 235 y 237 de la Ley 600 de 2000, respecto de un medio de convicción que por vía del efecto reflejo que irradia una prueba ilícita o ilegal antecedente no podría integrar el acervo probatorio, corresponde establecer que i) el medio de persuasión principal fue obtenido de forma sustancialmente ilegal o con violación de las garantías fundamentales, ii) existe un vínculo fuerte de antijuridicidad entre ese elemento de convicción ilícito o ilegal y la prueba derivada que se tacha también de inválida porque la ilicitud o ilegalidad de la prueba originaria trasciende por su intensidad y nexo causal a la subsecuente, iii) ninguno de los criterios doctrinales y jurisprudenciales dominantes de desconexión entre una y otra prueba operó en el caso particular, y iv) los restantes instrumentos de conocimiento sobre los cuales se fundó el fallo, son insuficientes para mantener la decisión de condena. La ausencia de una cualquiera de las mentadas condiciones impediría la prosperidad del reproche (...) Así como un medio de prueba conseguido a través del ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, esto es, lesionando los más caros intereses del ser humano mediante instrumentos de presión psicológica o física prohibidos u omitiendo las reglas mínimas de validez del elemento de persuasión, es ilícito o ilegal, respectivamente y, por consiguiente, es merecedor de la máxima sanción invalidante de inexistencia, de igual forma, la probanza que surge del medio de convicción antecedente, ilícito o ilegal, también lo es y es objeto de idéntica consecuencia jurídica: la exclusión del acervo probatorio. Tal efecto colateral, apenas obvio, denominado en la doctrina anglosajona como la teoría del fruto del árbol envenenado –*fruit of the poisonous tree doctrine*– se apoya en la idea elemental de que un medio de conocimiento que haya nacido viciado a la vida jurídica no podrá generar un acto probatorio lícito, en tanto ha sido contaminado y debe correr la misma suerte que aquel; esto, siempre que exista una relación suficientemente fuerte que permita establecer que la ilicitud o ilegalidad primigenia ha trascendido al elemento de persuasión sucedáneo. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691.)

Aproximándonos al caso en concreto –sentencia dictada por el delito de rebelión–, la Corte Suprema de Justicia descarta que realmente se esté frente a un tema de prueba ilícita o ilegal. En su momento, el Tribunal Superior excluyó –esa prueba inicialmente se había incorporado dentro de un proceso de ley 906 de 2004 y en esa actuación había recibido aprobación por parte de un Juez de Garantías- *una usb* como la información contenida en ella al considerar que se trataba de una prueba ilegal por haberse violado la cadena de custodia. Fue con base en esta decisión que el defensor consideró que el testimonio que se practicó como consecuencia de dicha información también debía ser declarado ilegal y por ello formuló el cargo de falso juicio de legalidad.

La Corte, por su parte, consideró que la prueba principal que se había tachado de ilegal no lo era tal dado que la posible inobservancia de las reglas sobre cadena de custodia no atentan contra el principio de legalidad probatoria sino que sólo afectan la capacidad demostrativa o el poder suasorio de una prueba. Así lo precisó:

En efecto, si la cadena de custodia es un instrumento de seguridad que se aplica a las evidencias físicas a efecto de procurar que su contenido no sea desfigurado, alterado o modificado desde que son encontradas hasta que sean conocidas por el juez, esto es, para que sean preservadas en su integridad, indemnidad y, particularmente, en su autenticidad u originalidad, es nítido que, su ruptura, por desconocer el inmediato responsable de su custodia o el destino que les fue dado durante algún lapso, podría ocasionar que el funcionario judicial les confiera un mérito menguado pero jamás su declaratoria de ilegalidad o ilicitud con fundamento en la regla de exclusión. (C.S.J. Sentencia de agosto 5 de 2014. Rad. 43691.)

Por otra parte, es cierto que la Usb fue entregada a miembros del Ejército Nacional por una integrante del Frente Policarpa Salavarrieta del Bloque Oriental de las Farc que después de los combates se desmovilizó, por lo que, si bien el Ejército Judicial no cumple funciones de policía judicial, la recolección de esa evidencia no se hizo en el marco de una diligencia de registro o allanamiento sino simplemente se trató de una entrega voluntaria de un elemento por parte de una subversiva que quería desmovilizarse, por ello no existía ningún inconveniente en que el suboficial del Ejército hubiera embalado dicho elemento para posteriormente entregárselo a un

funcionario de policía judicial transportador, quien a su vez lo puso a disposición del custodio del Almacén del órgano de policía judicial quien hizo constar que el elemento estaba sellado y rotulado.

Es más, si no existe ningún indicio que revele que los archivos contenidos en la USB fueron mutilados o alterados, esta evidencia principal, además de ser lícita y legal, también cumple con el principio de mismidad, por lo que tampoco es posible considerar el testimonio derivado de esta información como ilegal, por lo que se descarta el cargo por falso juicio de legalidad.

Si bien el fallo anterior está debidamente motivado y tiene una argumentación coherente con los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que allí expone, si se revisan las diferentes decisiones en las que se analizan cargos por posibles irregularidades o inconsistencias en el ejercicio de funciones de policía judicial no existe una postura clara frente a este tema, dejando la idea que frente a cada caso concreto se proporciona una solución distinta, todo para salvar la integridad de las decisiones judiciales que preceden al recurso extraordinario de casación.

Por ejemplo, en un caso se postularon sendos cargos de nulidad por violación al debido proceso y violación indirecta de la ley sustancial debido a que, en criterio del censor, la investigación previa fue adelantada por miembros de las Fuerzas Militares, en contravía de lo dispuesto en los artículos 29 Constitucional y 232 de la Ley 600 de 2000, por lo que serían nulas de pleno derecho tanto las actuaciones desplegadas por los militares como las diligencias y actividades desarrolladas en concreto –seguimientos, las labores de inteligencia como de infiltración y operación encubierta realizada por un Subteniente del Ejército, registro y allanamiento realizado a un domicilio, entre otras-, por lo que también el Juzgado de primera instancia habría procedido de manera indebida al tratar de dar validez al trámite dando aplicación a una norma (Ley 684 de 2001, Art. 59.) declarada inconstitucional, lo que significó que, en grave desconocimiento de disposiciones constitucionales y legales, personal castrense investigara penalmente a civiles.

Inicialmente, la Corte Suprema hace referencia a distintas normas que versan sobre las funciones de policía judicial y que han sido revisadas por la Corte Constitucional, por ejemplo, el

Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) y frente a la captura administrativa recordó que esta última Corporación ha sostenido que ésta facultad “está reservada a las autoridades policiales, específicamente a quienes ejercen funciones permanentes de policía judicial como la Policía Nacional, función constitucional vedada a las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y la Fuerza Aérea)” (C.S.J. Sentencia de julio 2 de 2014 - Rad. 3736); o el Decreto Legislativo No 2002 de 2002, expedido bajo un estado de conmoción interior, y en el cual se atribuían funciones de policía judicial a la fuerza pública, por lo que la Corte Constitucional recordó;

Que la labor investigativa que demanda el proceso penal es propia del Fiscal General de la Nación como parte integrante de la rama judicial, y por lo mismo ajena a la fuerza pública, y que si bien el ordenamiento adjetivo penal señala los servidores públicos que pueden ejercerla, como la Policía Nacional, el Cuerpo Técnico de Investigación y el otrora DAS, no por ello todos sus integrantes la tiene discernida, sino únicamente quienes estén capacitados específicamente para ese campo. (C.S.J. Sentencia de julio 2 de 2014 - Rad. 37361.)

Por último, el artículo 59 de la Ley 684 de 2001, por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones, en el que le otorgaba a las Fuerzas Militares facultades de policía judicial, por lo que esa misma Corporación, en sentencia C-251-02, lo declaró inexecutable al considerar que atentaba contra el orden constitucional.

Regresando nuevamente al caso en concreto, un Subteniente del Ejército, en compañía de un Teniente, al conocer de la existencia de un grupo de narcotraficantes en la ciudad de Cali, decidieron infiltrarse en dicha organización para obtener información, logrando establecer que en una fecha y lugar determinado se haría la entrega de 50 kilos de cocaína. Esta actuación fue calificada por el Tribunal Superior como irregular, como también lo estimó la Corte, toda vez que los miembros del Ejército no cumplen funciones de policía judicial y por ello no podían desplegar las actividades propias de un agente encubierto, no obstante, finalmente, no se casa la sentencia al considerarse que se estaba frente a un supuesto de descubrimiento inevitable como quiera que si bien estos integrantes del Ejército solicitaron la práctica de una diligencia de

registro y allanamiento, en la cual se incautó droga, dinero y se procedió a la captura de varias personas, paralelamente, otro Fiscal había ordenado la interceptación de los abonados telefónicos de los procesados así como labores de seguimiento, de acuerdo a lo informado por un funcionario de policía judicial que también había tenido conocimiento de la existencia de esa organización criminal.

Por otra parte, la diligencia de registro y allanamiento cumplió con todas las previsiones dispuestas en la Ley 600 de 2000, además que esta actuación no fue el único elemento de juicio que comprometió la responsabilidad de los procesados, encontrándose también la transliteración de las llamadas telefónicas, la cual si bien no contó con un cotejo de voces, esta situación tampoco le resta ninguna validez. Con base en estos argumentos, la Corte no casa la sentencia recurrida.

Las decisiones revisadas anteriormente completan el panorama acerca de este tema, toda vez que, además de los planteamientos teóricos y constitucionales acerca de su concepto, naturaleza, fines y clasificación vistos en los dos primeros capítulos, ahora se tienen elementos de juicio más concretos, extraídos de la propia práctica jurídica, que permiten analizar, desde una perspectiva crítica, no sólo sus principios y fundamentos básicos sino su verdadero desarrollo y aplicación en el sistema judicial. No basta entonces con conocer su sustento filosófico o la normatividad que en las distintas legislaciones procesales penales regulan la prueba ilícita, sino también debe tenerse suficiente pericia acerca de la técnica especial que exige su planteamiento en las distintas instancias judiciales, especialmente en sede de casación, dado que, a pesar de las nuevas finalidades constitucionales que se le asignan a este recurso extraordinario, aún siguen prevaleciendo ciertos formalismos que lamentablemente determinan su prosperidad.

De lo anterior, se pueden extraer las siguientes subreglas:

- El recurrente tiene la carga de diferenciar si se trata de una prueba ilícita o ilegal, dado que así mismo dependerá la vía de ataque (C.S.J. Auto de agosto 19 de 2015 - Rad. 46312.) Es por ello que frente a muchas inconformidades de los recurrentes se considera que han sido mal postuladas, al no ajustarse a la forma de violación indirecta de la ley sustancial por error

de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, como ya se ha explicado, lo que sería suficiente para inadmitir la demanda de casación.

- Frente a algunas irregularidades o ataques frente al procedimiento surtido con ciertas pruebas, se ha estimado que esos reproches debieron plantearse en la audiencia preparatoria que es el escenario previsto en la legislación para realizar las solicitudes de exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba cuando “resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba, conforme se prevé en el artículo 359 *ibídem*, como también la exclusión de medios de prueba ilegales al tenor de lo previsto en el artículo 360 del mismo Estatuto Procesal, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el mismo código” (C.S.J. Sentencia de agosto 11 de 2015 – Rad. 46102). Por ello, una alegación de esta naturaleza en sede de casación sería tardía y resulta contraria al principio de preclusión de los actos procesales.

De todas maneras, la solicitud de exclusión sólo procede dentro de las actuaciones tramitadas bajo la Ley 906 de 2004, toda vez que tratándose de procesos adelantados en vigencia de la Ley 600 de 2000, lo que deberá solicitarse es la no valoración de aquella prueba viciada.

- Uno de los requisitos que más ocupa la atención de la Corte al momento de analizarse la admisibilidad de la demanda de casación es la explicación de la trascendencia del cargo y buena parte de las inadmisiones obedece a sus aparentes deficiencias. Se debe entonces emprender un gran esfuerzo argumentativo para demostrar que, una vez excluida la prueba ilícita o ilegal alegada, los restantes medios de prueba no son fundamento suficiente de la sentencia y por ello debe ser casada, lo cual, como se ha visto, no es una tarea para nada sencilla, dado que siempre parecen existir elementos de convicción que permiten respaldarla⁷⁰. (Auto de mayo 25 de 2015 – Rad. 43926.)

⁷⁰ “Es deber del casacionista señalar las normas procesales que reglan los medios de prueba sobre los cuales se predica el reparo, acreditar cómo se produjo su transgresión y enseñar su incidencia en el sentido del fallo (...)”. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Auto de julio 6 de 2011, Radicación 36626, M.P Dr. Fernando Alberto Castro Caballero. Otro fallo en sentido similar: “(...) constituye carga del demandante demostrar que el

- El recurrente debe tener interés para reclamar la ilegalidad o falencia que denuncia.
- La irregularidad o queja también debe ser formulada en el recurso de apelación con el fin de que la autoridad judicial de segunda instancia –que suele ser el Tribunal Superior- tenga la oportunidad de pronunciarse respecto de ella, pues de no ser así se estaría mostrando conformidad con los planteamientos expuestos por el juzgador de primera instancia y, además, esto significaría que en realidad lo que se estaría atacando es la sentencia de primer grado y no de la segundo, lo que constituiría una casación per saltum.
- En ocasiones también se inadmite la demanda cuando se ha vulnerado el principio lógico de no contradicción, en aquellos casos en que, por ejemplo, el censor formula dos cargos distintos, que son excluyentes, con fundamento en los mismos supuestos. Así ocurre cuando se solicita la exclusión de determinados medios de prueba y a su vez la nulidad de la actuación con base en los mismos supuestos.

Como es posible advertir, a todos los anteriores requisitos y elaboradas cargas de argumentación debe someterse una solicitud de exclusión o no valoración de una prueba tachada de ilícita o ilegal.

3.3.2 Línea Jurisprudencial sobre el Reconocimiento Explícito de la Existencia de una Prueba Ilícita

En el muestreo realizado para la revisión de las distintas decisiones útiles para el desarrollo de este trabajo, se encontró un auto proferido por la Corte Suprema de Justicia, dentro de un proceso de única instancia –por investigarse a un congresista de la República-, en la cual no sólo se reconoce la existencia de una prueba ilícita sino que se materializan todas las consecuencias procesales en la actuación.

vicio tiene incidencia directa en el sentido de la decisión confutada, al punto que, de no haberse consolidado, la decisión sería otra”.

En este caso se analiza el mérito de la investigación previa seguida en contra del ex Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, Wilson Alfonso Borja Díaz, la cual tuvo origen en la información encontrada en varios elementos magnéticos recogidos en el operativo realizado por la Fuerza Pública el primero de marzo de 2008, donde murió el guerrillero Luis Edgar Devia Silva (a. Raúl Reyes) de las Farc, y en la cual se le mencionaba en varios documentos, por lo que podría tener vínculos con ese grupo subversivo, como integrante o como colaborador.

Inicialmente se analizan los testimonios que se recaudaron durante la actuación, que corresponden a los de distintas autoridades que de uno u otro modo hicieron comentarios en relación con Wilson Borja y sus posibles relaciones con el grupo de las Farc, como ocurrió con Álvaro Uribe Vélez, presidente de la República de la época, el general Oscar Adolfo Naranjo Trujillo, Director General de la Policía Nacional, y Carlos Holguín Sardi, Ministro del Interior y de Justicia, quien a su vez mencionó la posibilidad de que el Ministro de Defensa y el Consejero para la Paz tuviera conocimiento de estos hechos; igualmente, los rendidos por varios miembros de ese grupo subversivo, tanto de desertores como de capturados, de secuestrados políticos, otras víctimas de dicha organización, integrantes de la Fuerza Pública y congresistas y, por último, se examinaron los resultados de las actividades de policía judicial encaminadas a revisar todos los documentos electrónicos, sin que a partir de ellos se derive alguna información concreta o conocimiento directo acerca del entonces congresista y algún papel o actividad que hubiera desempeñado para esta organización armada.

Es más, si bien la agencia Interpol certificó que los documentos no habían sido alterados, modificados o suprimidos, lo que se encontró fueron sólo archivos en Word sin que se hubiera podido comprobar que se tratara de mensajes electrónicos o que hubieran sido enviados o recibidos por una cuenta de correo vinculada al ex congresista Wilson Borja.

En consecuencia, como el único referente probatorio acerca de dicha relación parece encontrarse en los archivos electrónicos de Raúl Reyes hallados en un campamento en la República de Ecuador, la Corte entra a analizar su legalidad. Después de hacer algunas precisiones acerca de la operación, indicando que no entrará a examinar su arista política o

militar, en primer lugar precisa que “las fuerzas armadas colombianas, dentro del marco de la “Operación Fénix”, ejercieron poderes de policía judicial, registrando lugares y recogiendo elementos materiales de conocimiento que luego ingresaron al país, dejando unos reductos de evidencias, lo que significó desatención a la cooperación judicial, pasando por alto que las pruebas provenientes del exterior no son ajenas al principio de legalidad y con él al de un “debido proceso”. Es preciso dejar sentado que cuando la Constitución Política da cuenta en su texto del territorio colombiano (Art. 101), está fijando el ámbito espacial sobre el cual tiene imperio el orden jurídico del Estado y el ejercicio de sus poderes. Más allá de esos hitos el derecho colombiano no tiene vigencia, como tampoco las autoridades nacionales ostentan poder, excepción hecha del conferido por normas internacionales. El territorio es además una condición de la independencia del Estado, de suerte que a partir de él, dentro de sus límites, y sólo dentro de ellos, puede ejercer su autoridad y dominio; lo que jurídicamente se traduce en su “*espacio de competencia*”. (C.S.J. Auto de Mayo 18 de 2011 – Rad. 29877.)

Es por ello que teniendo en cuenta las potestades que confiere el Estado Colombiano dentro de su territorio, los agentes estatales no pueden producir pruebas legales, válidas y legítimas, por fuera de él, a menos que tengan la autorización del otro Estado, -situación que no ocurrió aquí-, lo cual se halla previsto en los respectivos instrumentos internacionales sobre asistencia y cooperación judicial. Así también se encuentra regulado en los artículos 499 y 503 de la Ley 600 de 2000, entre otras normas.

De hecho, “no todas las autoridades colombianas están facultadas para hacer pedidos de asistencia judicial a otros Estados, porque la ley es excluyente al disponer que sólo lo pueden hacer “[L]os jueces, fiscales y magistrados o los jefes de unidades de policía judicial”, al tiempo que es el “[F]iscal General de la Nación” el único facultado para que en los asuntos de su competencia, disponga el envío de delegados suyos a “*territorio extranjero para la práctica de diligencias*”, previa autorización de las “*autoridades legitimadas para otorgarla*”. De modo que ningún otro poder en Colombia tiene potestad para traer medios de pruebas penales del exterior, y menos de facto, desconociendo facultades de las autoridades extranjeras”. (C.S.J. Auto de Mayo 18 de 2011 – Rad. 29877.)

El Estado Colombiano ha suscrito diversos convenios de cooperación judicial, entre ellos el “CONVENIO DE COOPERACIÓN JUDICIAL Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”, aprobado mediante Ley 519 de 1999 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-206 de 2000 y que define las facultades y límites que tiene cada parte.

En resumen, dado que los integrantes de las Fuerzas Militares ingresaron al país vecino careciendo de funciones de policía judicial y a pesar de eso practicaron diligencias de inspección e incautación de elementos de prueba, vulnerando así la Constitución Políticas, los códigos de procedimiento penal (Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000) y los tratados internacionales existentes al respecto, la información contenida en el numeroso material magnético constituye una prueba ilegal que, de conformidad con el artículo 29 constitucional, impone la aplicación de la cláusula de exclusión.

Debido a que las pruebas que podían respaldar alguna imputación en su contra fueron descartadas en razón a su ilegalidad y al no existir otro referente probatorio que le diera sustento, la Corte Suprema dictó auto inhibitorio a su favor.

Ahora bien, además de la diferencia obvia que existe entre las decisiones vistas en el numeral anterior y ésta última, en cuanto al sentido de la parte resolutive, lo que se advierte en el auto dictado a favor de Wilson Borja es el desprevenido análisis probatorio y jurídico que allí se hace. Si bien es cierto la confrontación entre esos dos grupos de decisiones –las que rechazan las pretensiones de exclusión y aquella que efectivamente la decreta- no es completamente justa, como quiera que es completamente distinto revisar el mérito de una actuación que se encuentra en un estado bastante incipiente –investigación previa- y en la cual la presunción de inocencia aún se mantiene sólida, que el examen de legalidad de una sentencia condenatoria, en primera o segunda instancia, que ha sido el resultado –o por lo menos eso se supone- de una completa actividad investigativa y probatoria. Muy seguramente por ello, el análisis es mucho más exigente cuando se estudia una demanda de casación o un recurso de apelación y depende del ejercicio de argumentación realizado por el censor, en la demostración de cada uno de los vicios que plantea, lo que no ocurre cuando se hace una valoración primigenia de las pruebas en una

indagación previa y cuyo resultado es una decisión que no cobra ejecutoria material sino simplemente formal –auto inhibitorio-.

Atrás repasamos todos los requisitos que ha definido la jurisprudencia para la correcta estructuración de un cargo por nulidad por violación del debido proceso o por violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de error de derecho por falso juicio de legalidad, lo cual naturalmente no se aplica en todo su rigor para la adopción de una decisión de fondo dentro de una investigación preliminar, aunque si por lo menos se advierte algunos elementos básicos en aquel auto inhibitorio. Precisamente, no sólo se analizó la legalidad de la prueba que dio origen a la investigación, sino que se verificó su trascendencia y su incidencia frente a los demás medios probatorios, encontrándose que era el único medio de convicción en el que de alguna manera se vinculaba al imputado con la organización armada de las Farc, por lo que, habida cuenta su ilegalidad, no podía sustentar debidamente ninguna decisión judicial, como así se decretó.

Sin embargo, como se indicó atrás, lo que sí es cierto es que la valoración probatoria que se expone en el auto inhibitorio está desprovista de ese rigorismo que caracterizó a las otras decisiones ya analizadas, al punto de advertirse más objetiva y transparente. Por ejemplo, a pesar que tanto la sentencia dictada en contra de Néstor Iván Moreno Rojas como el auto inhibitorio anterior se emitieron dentro de actuaciones adelantadas bajo el trámite propio de la Ley 600 de 2000, el discurso que se maneja entre una y otra sobre la prueba ilícita y la regla de exclusión son bien distintos.

Sería irresponsable manifestar que en el proceso seguido en contra de Iván Moreno efectivamente debieron excluirse los informes de policía judicial o la grabación aportada por Miguel Nulle, como así se hizo en la investigación adelantada contra Wilson Borja, dado que sería asimilar dos casos con un material probatorio completamente distinto, no obstante lo que si se percibe es que en la mayoría de los casos la Corte Suprema busca –en ocasiones de manera forzada- cualquier argumento que le sirva para desechar los cargos, en lugar de realizar una valoración ponderada y razonable de las pruebas que fundamentan un determinado juicio de responsabilidad –téngase en cuenta que en la mayoría de los casos analizados, el planteamiento de prueba ilícita se hace debido a una sentencia condenatoria-.

En el auto inhibitorio se indica explícitamente que se procederá a excluir la información contenida en los elementos magnéticos con fundamento en el artículo 29 constitucional, mismo presupuesto normativo que se tuvo en cuenta en el proceso seguido contra Iván Moreno, no obstante en esta última actuación algunos planteamientos de la defensa fueron cuestionados por la Corte por asemejarse aparentemente a una petición de exclusión propia de la Ley 906 de 2004, lo cual no tendría cabida por resultar jurídicamente improcedente.

Si bien es cierto con la ley 906 de 2004 se estableció la posibilidad concreta de solicitar, dentro de la audiencia preparatoria, la exclusión, inadmisión o rechazo de las pruebas que fueren ilícitas o ilegales, inútiles o repetitivas, entre otros criterios, en realidad el cuestionamiento que planteó la Corte en la sentencia condenatoria de Iván Moreno es que no es posible solicitar, en estricto sentido, la exclusión de una prueba –como ocurre en el sistema oral acusatorio-, sino solicitar que determinado medio de convicción no sea tenido en cuenta o valorado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, no obstante, esta precisión, más allá de dar claridad a ciertos conceptos, no resulta trascendente frente al fondo de la discusión. De hecho, en el auto inhibitorio dictado a favor del ex congresista Borja expresamente se indica que se excluirá la prueba documental, sin que por el simple uso de esta expresión se haya entendido que se estaba aplicando una normatividad distinta o que las consecuencias procesales son diferentes entre tanto se emplee uno u otro término.

En consecuencia, como se deduce de todos estos casos, el verdadero reto que enfrenta la prueba ilícita no está en la falta de claridad del concepto o en las clasificaciones nacionales que se han esbozado sobre ella o en su regulación normativa, sino en su real aplicación dentro de procesos penales concretos –que son los que aquí nos interesan- y para ello debe superarse los rigorismos técnicos que quieren imponerse en su formulación y, en su lugar, adoptar una postura distinta en la que se le dé efectiva prevalencia a las garantías sustanciales de los sujetos procesales. Es más, si se quiere, debe recordarse continuamente los presupuestos filosóficos que la inspiraron y la justificación de su existencia, esto es, que la verdad no se puede obtener a cualquier precio, por lo que más que la protección obstinada de la actividad de los funcionarios de policía judicial o del órgano acusador o el mantenimiento irrazonable de una imputación, lo que verdaderamente debe tenerse en cuenta es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Después de analizar estas distintas sentencias lo que al final se encontró fue una enorme flexibilización de las propias premisas establecidas por la propia Corte Suprema de Justicia – quedando así sólo en un desarrollo teórico- cuando se trata de adoptar una decisión sobre la exclusión o no de una prueba señalada como ilícita, especialmente cuando se trata de casos de connotación nacional o delitos de naturaleza grave.

No parece muy distinto este escenario al que experimentó la administración de justicia norteamericana después de los atentados del 11 de septiembre, al estimarse que debería darse una protección mayor a la seguridad nacional que a una petición en concreto de exclusión de una prueba por una aparente violación de una norma constitucional. Allí cobraron un mayor valor otros argumentos como el efecto disuasivo de los agentes policiales o su actuación de buena fe o el inmenso costo social que generaría la liberación de una persona –no más grave que la condena de una persona inocente o el desconocimiento de sus garantías fundamentales- y aquí toman importancia otros, como aspectos formales en la elaboración de la demanda o las causales invocadas en la formulación de los cargos o la pretendida trascendencia de la prueba cuestionada frente al fallo de responsabilidad penal.

Es decir, en nuestro sistema se experimenta una situación similar en la medida en que la regla de exclusión solo parece funcionar tratándose de delitos de poca importancia – descartándose así los delitos agravados o atentados contra la vida, integridad personal, integridad sexual o contra la administración pública que serían el grueso de las conductas punibles procesadas efectivamente- o que no generan impacto social, por lo que su alcance y nivel de aplicación quedaría en entredicho, como quiera que el cabal respeto del debido proceso sólo sería exigible en casos menores, lo cual es inadmisibles en un Estado de derecho. No existe coherencia entre las extensas premisas históricas con la solución que se ofrece para los casos concretos, dado que no existe ninguna justificación, en términos de protección eficiente de los derechos fundamentales, que la ilicitud de una prueba sea evidente sólo cuando la conducta punible objeto de investigación no tenga un alto nivel de reproche, tanto jurídico como social.

Si se afirma insistentemente que el Estado, en su actividad de investigación y represión de los delitos, no puede recurrir a los mismos mecanismos ilegales o cuestionables que

paralelamente busca combatir en su lucha contra el crimen, ante la poca legitimidad que tendría para el ejercicio de estas facultades punitivas, no cabe entonces hacer una odiosa distinción entre delitos menores y delitos graves –que son los que generalmente llegan al estudio de la Corte Suprema- para la aplicación de la regla de exclusión. En este momento, la postura de la Corte Suprema de Justicia no es coherente con los fundamentos filosóficos y desarrollo constitucional que se le asigna a esta figura, al convertir la regla de exclusión en una limitada y restringida excepción de la propia regla.

CONCLUSIONES

- La primera referencia normativa expresa de la regla de exclusión se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, texto que motivó un verdadero cambio de mentalidad, principalmente, frente a la posición del individuo dentro del ordenamiento jurídico, lo que significó a su vez un profundo replanteamiento de la escala de valores y principios que rigen la organización y estructura del Estado. Por ejemplo, esta nueva comprensión filosófica, se reflejó de diversas maneras, incluyendo la forma de sistematización del Código Penal (Ley 599 de 2000), que no solo implicaba una modificación formal de sus títulos y capítulos, sino mostraba, y continúa mostrando, la importancia del individuo y de sus garantías fundamentales, comenzando por el derecho –y principio- a la dignidad humana, de modo que ya no ocuparía un lugar preeminente los delitos que atentan contra la seguridad y existencia del Estado sino aquellos que vulneran o ponen en riesgo los derechos personalísimos del individuo. Por ello se habla de la constitucionalización del proceso penal, todo lo cual se ha visto afianzado con la Ley 906 de 2004.
- En los códigos procesales de 1991 y 2000 no se regulaba directamente la regla de exclusión de la prueba ilícita o ilegal, por lo que los funcionarios judiciales, y especialmente las Altas Cortes como órganos de cierre de sus jurisdicciones y en su labor de unificación de la jurisprudencia, la deducían de diversas disposiciones que establecían el rechazo de las pruebas prohibidas o ineficaces, o la nulidad de la actuación por violación del derecho al debido proceso o la corrección de actos irregulares, entre otras.

Precisamente, en la Ley 906 de 2004 no sólo se incluyó explícitamente esta regla sino que, de manera coherente con el texto constitucional, se erigió como principio rector la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales (Artículo 23 del C.P.P); disposición ésta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005.

Y a partir de ésta norma rectora se incorporaron diversas disposiciones que la materializaban como la cláusula de exclusión en las diligencias de allanamiento y registro (Artículo 232), la exclusión de todo medio de prueba obtenido con violación de los derechos fundamentales o de los requisitos esenciales (Artículos 359 y 360) o la nulidad derivada de la prueba ilícita, la cual consagra las excepciones de la conocida teoría de los frutos del árbol envenenado (Artículo 455), entre otras.

Cómo es posible advertir, se tiene un marco normativo claro y preciso que permite determinar los presupuestos para calificar cierta prueba como ilícita o ilegal y sus consecuencias procesales.

- Si bien es cierto en varias disposiciones se alude a la nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita (Artículos 29 Constitucional y 23 del C.P.P), esto no significa que necesariamente deba decretarse la nulidad del proceso dentro del cual se ha practicado, incorporado o valorado dicha prueba; sólo lo será si esa misma prueba ilícita ha sido fundamental o definitiva en la asignación de responsabilidad penal, tal como lo ha recordado la Corte Constitucional en los casos que se analiza la configuración de un defecto fáctico como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Y este mismo elemento, esto es, la trascendencia de la prueba reputada como tal, será indispensable para demostrar el vicio en sede de casación.

Por último, también será jurídicamente procedente la declaratoria de nulidad del proceso en aquellos casos en que la prueba ha sido obtenido como producto de la comisión de un delito de lesa humanidad.

- Tanto los fines que el Estado busca alcanzar a través del proceso penal, esto es, con la persecución efectiva de graves atentados contra bienes jurídicos importantes de la sociedad, como los medios que utiliza para conseguir el logro de los mismos, deben ser legítimos, toda vez que nada justificaría el ejercicio de la facultad punitiva si a partir de medios ilícitos o contrarios al ordenamiento jurídico pretende imponer una sanción establecida en el mismo ordenamiento que busca mantener y preservar.

- Las prohibiciones probatorias tienen sustento filosófico y jurídicos en principios y derechos tales como el de legalidad, presunción de inocencia y debido proceso, toda vez que el procedimiento y, en particular, el decreto y práctica de las pruebas debe adelantarse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales y por ello para desvirtuar la presunción de inocencia de una persona contra quien se formula una acusación, debe adelantarse un proceso en el que se le respeten todos sus derechos fundamentales y garantías sustanciales, conforme con las normas vigentes al momento de la comisión del acto que se le imputa y por parte de una autoridad competente. Todos esos principios y derechos prestan un fundamento importante, sin que uno de ellos se imponga a los demás o pueda estimarse más significativo que el otro, dado que en su conjunto explican la razón de ser de las prohibiciones probatorias.

Este es el marco teórico que deberá tenerse en cuenta al momento de analizar la aplicación de la regla de exclusión a un caso concreto.

- Las prohibiciones de prueba surgieron como una medida de control adicional al ejercicio de la facultad punitiva del Estado, en el sentido de que la efectiva investigación y represión de graves atentados contra bienes jurídicos importantes de la sociedad no puede conseguirse de cualquier manera, ni mucho menos en detrimento de los derechos fundamentales del procesado, quien no puede ser instrumentalizado ni ser un simple objeto de la actuación penal.
- Los límites que se imponen al principio de averiguación de la verdad son una manifestación clara de nuestro modelo de Estado (Estado de derecho) y por ello se recogen expresamente en distintas normas tanto de la Constitución Política como de la legislación procesal penal, como aquellas que establecen las excepciones al deber de declarar por relaciones de parentesco o con ocasión de un mandato profesional o las declaraciones por certificación jurada de ciertos servidores públicos o la prohibición de registrar las comunicaciones del indiciado con su abogado o con aquellas personas que por razón legal están excluidas de la obligación de rendir testimonio, entre otras. De todas maneras, vale la pena precisar que la fuente de estos límites no proviene del simple hecho de su consagración positiva sino de la

estructura y modelo de organización del Estado en el cual se da prevalencia al respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

- En coherencia con lo anterior, las particularidades de cada ordenamiento jurídico, cuyo modelo político, tradición jurídica, escala de valores, entre otras, lo van moldeando, impide tener un concepto general y unánime de prueba ilícita, sin embargo, en el contexto colombiano, es frecuentemente utilizada la distinción entre prueba ilícita, entendida como aquella que vulnera derechos fundamentales o desconoce normas constitucionales o cuando en su producción o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y prueba irregular, la cual es contraria a las formalidades legales esenciales del procedimiento o las reglas establecidas para la producción, incorporación y práctica de un determinado medio prueba; sin embargo, su consecuencia jurídica es la misma en cada caso, toda vez que de verificarse su presencia y su trascendencia en el proceso, se impone su ‘exclusión o inexistencia jurídica’.
- En la doctrina y jurisprudencia colombiana se ha entendido la prueba ilícita como aquella que vulnera los derechos fundamentales de las personas o que para su producción y recaudo se emplea mecanismos denigrantes o atroces o en aquellos casos que se configura un grave atentado contra la humanidad como ocurre, por ejemplo, con los delitos de desaparición forzada o tortura. Y la consecuencia procesal será su exclusión, aunque de verificarse estas últimas hipótesis, también deberá decretarse la nulidad del proceso.

La prueba ilegal, así en muchas ocasiones se le asimile a la prueba, supone la violación de un requisito legal esencial y su exclusión dependerá de la valoración que se realice en un proceso específico acerca del carácter esencial de dicha formalidad y de su trascendencia dentro de la actuación judicial.

- En nuestro ordenamiento, generalmente se recurre a una clasificación que distingue a la prueba ilícita, la prueba irregular, la prueba ilícita principal y la derivada, clasificación esta que, con independencia de marcar una misma consecuencia procesal, contribuye a determinar los distintos momentos procesales en que se puede configurar cada uno de estos vicios, su naturaleza, la fuente o forma como se han concretado estas irregularidades, el tipo

de norma –constitucional o legal- que se ha desconocido-, entre otros aspectos, todo lo cual servirá para sustentar la trascendencia y necesidad de excluir del acervo probatorio un determinado medio de prueba; argumentación ésta que deberá construirse con suficiencia, a riesgo de ser desechada una solicitud en este sentido, más si el planteamiento se formula en sede de casación, como más adelante se verá.

- En los códigos procesales de 1991 y 2000, la procedencia del recurso extraordinario de casación dependía, entre otros requisitos, de la pena máxima prevista en la ley penal sustancial, por lo que sólo ciertos delitos, generalmente aquellos que se consideraran como más lesivos o que vulneraran bienes jurídicos esenciales, podían ser susceptibles de conocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia –esto es, claro está, con independencia de la casación discrecional-, sin embargo con la Ley 906 de 2004 se eliminó este requisito objetivo y se puso mayor atención en los fines de casación, de ahí que su explicación o desarrollo en la demanda presentada dentro de un caso concreto sea definitiva para la admisión o no del respectivo libelo.

En consecuencia, si bien es cierto estas modificaciones legislativas constituyen un avance importante en la protección efectiva de las garantías sustanciales de los sujetos procesales e intervinientes, el recurso de casación continúa siendo en extremo formalista y por ello es tan difícil superar los diversos requisitos y carga de argumentación que se impone frente a cualquiera de los falsos juicios que se quiera plantear, más cuando se enfrenta el recurrente a la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia.

Cuando se pretenda atacar la sentencia por haberse fundado en una prueba ilícita o ilegal – sea principal o derivada- o, en sentido contrario, por haber excluido una prueba a pesar de respetar los derechos fundamentales de los individuos o cumplir con las formalidades legales esenciales, deberá plantearse y desarrollarse el cargo a través de la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, por un error de derecho por falso juicio de legalidad, que en la ley 906 de 2004 corresponde a la causal tercera del artículo 181 y en la ley 600 de 2000 a la causal primera del artículo 207. En este caso deberá indicarse cuál es el medio de prueba afectado de ilicitud o de ilegalidad y precisar su contenido, así como la forma como se

obtuvo, ya sea por la violación de derechos fundamentales o por la pretermisión de alguna formalidad sustancial o, en la segunda hipótesis, precisar el medio de prueba y el cumplimiento cabal de los requisitos establecidos en la ley para su validez; también deberá explicarse su trascendencia, es decir, cómo el fallo hubiera sido distinto de prescindirse de aquel elemento de convicción y, por último, integrar esta proposición con los restantes materiales probatorios, de modo que si excluyera la prueba ilícita o ilegal como sus derivadas, los restantes medios de prueba no podrían respaldar o sustentar la sentencia o, en el otro supuesto, de haberse valorado, el sentido del fallo hubiera sido completamente distinto.

Si el vicio afectó todos los medios de prueba incorporados al proceso, la prueba ilícita o ilegal fue obtenida a través de la comisión de un delito de lesa humanidad o, conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional, se trate de una prueba –ilícita o ilegal- que haya sido definitiva o esencial para la fundamentación del fallo, deberá proponerse la nulidad de la actuación, de acuerdo con la causal segunda de la ley 906 de 2004 y la causal tercera de la ley 600 de 2000.

Tratándose de este cargo deberá indicarse el tipo de error que se ha configurado (vicios de estructura o de garantía), los fundamentos fácticos, las disposiciones que se estima han sido vulneradas, la extensión de la nulidad, es decir a partir de que acto procesal debe decretarse la nulidad y demostrar que no existe un mecanismo distinto para restablecer las garantías afectadas, así como la trascendencia de esta irregularidad en el sentido del efecto perjudicial y nocivo que ha tenido sobre los derechos fundamentales o sobre el debido proceso.

Cuando la prueba ha sido obtenida a partir de la comisión de un delito de lesa humanidad deberá decretarse la nulidad del proceso, tanto de aquel tramitado bajo la ley 600 de 2000 como de aquel iniciado bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004.

La cláusula de exclusión se encuentra prevista únicamente para la Ley 906 de 2004, por lo que de advertirse la incorporación de una prueba ilícita, técnicamente lo que deberá solicitarse será su no valoración al Juez de Conocimiento.

- Durante el análisis de las distintas sentencias encontradas se advirtió que, debido a la naturaleza de ciertos delitos o la connotación nacional de ciertos casos, la Corte Suprema de Justicia, a pesar de las objeciones serias y fundadas que a veces se formulan -también debe reconocerse que en muchas ocasiones las demandas están redactadas en términos confusos y dispersos y parecen que sólo estuvieran cumpliendo un requisito formal más-, busca proteger a toda costa la integridad de las pruebas con las que se cimenta un fallo condenatorio. Es cierto que los desarrollos teóricos sobre la prueba ilícita son postulados básicos y generales que no pretenden agotar y dar solución, de manera exhaustiva, a todas las posibilidades de regla de exclusión que se puedan presentar, sin embargo, debido al escaso número de decisiones en las que efectivamente se procedió a la exclusión de una prueba transcendental o relevante frente al sentido de la sentencia, se observa que la regla de exclusión mas que una regla sólo parece ser la excepción -bastante limitada- de la regla.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica sistematización. *Revista Política Criminal*. Vol. 4 (7).
- Armenta D., Teresa. (2009). “*La prueba ilícita (un estudio comparado)*”. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Beling, Ernest; Ambos, Kai & Guerrero, Óscar J. (2009). “*Las prohibiciones probatorias*”. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Berdugo S., Pedro D. (2005). *Reglas de exclusión de la prueba*. En: El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Bernal P., Carlos. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal C., Jaime & Montealegre L., Eduardo. (2002). “*El proceso penal*”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cadena L., Raúl y Herrera C., Julián. (2005). “*Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*”. Colección Lecciones del Sistema Acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Chozas A., José M. (2006). “*Breve Reflexión sobre la “prueba ilícita” en el proceso penal español*”. Citado por: Delgadillo A., A. *La prueba ilícita en el procedimiento penal México – España – Argentina – Brasil*. 1ª Ed. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho. División Editorial.

- Farfan M., Francisco. (2008). *“Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario”*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez C., Juan L. (1985). *El proceso penal Alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- Gómez S., Francisco. (2014). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Guerrero P., Oscar J. (2011). *“Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal”*. Reimpresión de la 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Israel, J.H., Kamisar, Y., Lafave, W.R., King, N, J. (2012). *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López M., Diego E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- Maier, Julio. (1999). “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”. En: *Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*. Año XXI. No 60. Enero - Abril. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Martínez G., Elena. (2003). *“Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Miranda E., Manuel. (2004). *“El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”*. 2ª Ed. Barcelona: J.M Bosch Editor.

Parra Q. Jairo. (2006). *Manual de derecho probatorio*. 15ª. Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Pellegrini, A. (2007). Derecho procesal comparado. *Revista Ius et Praxis* 14 (1).

(....-). (2000). Pruebas Ilícitas. *Revista Peruana d Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 1. Lima: Editorial L Grijley.

Pizzi, William. (1999). “*Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*”. Madrid: Editorial Tecnos. (Trad. Carlos Fidalgo Gallardo).

Roxin, Claus. (2000). “*Derecho Procesal Penal*”. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L. (Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor).

Urbano, José J. (2006). “Prueba ilícita y regla de exclusión”. En: *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. 2ª Ed. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación.

Winfried, H. (1992). “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz””. En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XV. Cursos y Congresos N° 71 (Trad. Francisco Muñoz Conde). Santiago de Compostela:Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

Normatividad

Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Congreso de la República. *Ley 684 de 2001*. “Por la cual se expide normas sobre la organización y funcionamiento”. En: Diario Oficial N° 44.522, de 18 de agosto de 2001.

Congreso de la República. *Ley 600 de 2000*. “Por la se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. *Decreto 1355 de 1970*. “Por el cual se dictan normas sobre Policía”.
En: Diario Oficial N° 1355 de 1970.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. *Sentencia C-594 de 2014*. M.P Jorge Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. *Sentencia T- 555 de 2011*. M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. *Sentencia C-233 de 2007*. M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. *Sentencia C- 396 de 2007*. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte

Constitucional. *Sentencia C-591 de 2005*. M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. *Sentencia C-590 de 2005*. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. *Sentencia T-116 de 2004*. M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. *Sentencia C-205 de 2003*. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. *Sentencia Su-159 de 2002*. M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. *Sentencia C-252 de 2001*. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. *Sentencia C-774 de 2001*. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. *Sentencia C-1144 de 2000*. M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. *Sentencia C-996 de 2000*. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. *Sentencia C-372 de 1997*. M.P Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. *Sentencia C-626 de 1996*. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. *Sentencia C-491 de 1995*. M.P Dr. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional. *Sentencia T-001 de 1993*. M.P Jaime Sanín Greiffenstein.

Corte Constitucional. *Auto 227 de 2007*. M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de diecinueve de agosto de 2015. Radicación 46312*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de agosto 11 de 2015. Radicación 46102*. M.P Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de Auto de agosto 5 de 2015. Radicación 46309*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de agosto 5 de 2015. Radicación 43291*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de julio 29 de 2015. Radicación 42307*. M.P Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de julio 8 de 2015. Radicación 41728*. M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de mayo 25 de 2015. Radicación 44070*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de mayo 25 de 2015. Radicación 43926*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de abril 29 de 2015. Radicación 45355*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de marzo 25 de 2015. Radicación 45519*. M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de noviembre 12 de 2014. Radicación 44376*. M.P María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de octubre 27 de 2014. Radicación 34282*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de octubre 22 de 2014. Radicación 40822*. M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de septiembre 24 de 2014. Radicación 44545*. M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de septiembre 24 de 2014. Radicación 44222*. M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de agosto 27 de 2014. Radicación 44004*. M.P María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de agosto 5 de 2014. Radicación 43691.* M.P Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de julio 30 de 2014. Radicación 36487.* M.P Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de julio 30 de 2014. Radicación 42405.* M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de julio 2 de 2014. Radicación 37361.* M.P Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de junio 25 de 2014. Radicación 43303.* M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de abril 2 de 2014. Radicación 43162.* M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de marzo 19 de 2014. Radicación 41357.* M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de octubre 21 de 2013. Radicación 42061.* M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de octubre 9 de 2013. Radicación 41800.* M.P Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de septiembre 11 de 2013. Radicación 40133.* M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de mayo 29 de 2013. Radicación 39085*. M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de mayo 29 de 2013. Radicación 40721*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de abril 24 de 2013. Radicación 40746*. M.P María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de diciembre 19 de 2012. Radicación 38292*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de diciembre 12 de 2012. Radicación 39601*. M.P María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de diciembre 10 de 2012. Radicación 39947*. M.P María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de octubre 10 de 2012. Radicación 39170*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de agosto 22 de 2012. Radicación 39165*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de agosto 15 de 2012. Radicación 38281*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de mayo 31 de 2012. Radicación 31652*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de mayo 23 de 2012. Radicación 35917*. M.P José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de mayo 23 de 2012. Radicación 37434*. M.P José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de abril 18 de 2012. Radicación 38067*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de abril 18 de 2012. Radicación 38501*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Sentencia de abril 11 de 2012. Radicación 36123*. M.P José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de febrero 27 de 2012. Radicación 37795*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de febrero 15 de 2012. Radicación 37943*. M.P Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de diciembre 7 de 2011. Radicación 37696*. M.P Sigifredo Espinosa Pérez y Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de octubre 26 de 2011. Radicación 37432*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de agosto 9 de 2011. Radicación 36433*. M.P Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de julio 6 de 2011. Radicación 36626*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de julio 27 de 2011. Radicación 36617*. M.P Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Decisión de mayo 18 de 2011. Radicación 29877*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Auto de febrero 9 de 2011. Radicación 32299*. M.P Fernando Alberto Castro Caballero.

Normatividad

Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Congreso de la República. *Ley 600 de 2000*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio de 2000.

Páginas Web

Bernal S., Camilo E. (2012). “¿Verdades ilícitas? Acerca de las pruebas ilícitas y su exclusión en el proceso penal colombiano”. Recuperado de:
http://www.academia.edu/2057890/_VERDADES_IL%C3%8DCITAS_ACERCA_DE_LAS_PRUEBAS_IL%C3%8DCITAS_Y_SU_EXCLUSI%C3%93N_EN_EL_PROCESO_PENAL_COLOMBIANO.

González, Jesús M. (2005). “El proceso penal español y la prueba ilícita”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*. Versión Online. Vol. 18. (2). Valdivia. Diciembre. Tomado de:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009

Juárez, Mariano G. (2012). “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. Bogotá. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29680.pdf>.

Roxin, Claus. (1999-2000). “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”. En: Revista Penal. Doctrina. N° (6). (Trad. M. García Cantizano). Barcelona: Cisspraxis S.A en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Sevilla. Recuperado de: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numer_o_6/115-127.pdf.

Thaman, Stephen C (2009). “La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. 30. No 89. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/524>.

Vervaele, J.A.E. (2005). “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges”. En: Revista de Derecho y Proceso Penal. No 14. (Trad. Ma. José Rodríguez Puerta y Esther Morón Lerna). Barcelona: Thomson – Aranzadi. Recuperado de: <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/217712>.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° 114 de noviembre 29 de 1984. Recuperado de: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/eu-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1984/114#complete_resolucion&completa.

Suprema Corte de los Estados Unidos. *Sentencia Boyd Vs United States*. 116 U.S 616 (1886). Tomado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>

Suprema Corte de los Estados Unidos. Sentencia de junio 13 de 1966 – N° 759, Ponencia del Juez. Earl Warren. Recuperado de:

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Segunda Sección. Caso de El Haski v. Belgium. Fallo de septiembre 25 de 2012. Recuperado de: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-113445\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

Resolución conjunta para la Autorización del Uso de la Fuerza Militar. Recuperado de:

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>.

Wikipedia. Atentados del 11 de septiembre de 2001. Recuperado de:

https://es.wikipedia.org/wiki/Atentados_del_11_de_septiembre_de_2001

Executive Order 13224. Blocking property and prohibiting transactions with persons who commit, threaten to commit, or support terrorism. Recuperado de:

<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/terror.pdf>.

Executive Order 13234. Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the War on Terrorism. Recuperado de: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/WCPD-2001-11-12/pdf/WCPD-2001-11-12-Pg1625.pdf>.

Military Order of November 13, 2001. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism”. Recuperado de: <http://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). “Hacia el cierre de Guantánamo. En: OEA/Ser.L./V/II.Doc.20/15. Recuperado de:

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf#page=16>.