

# EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

ERIKA ADRIANA GALEANO PORRAS

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA  
MILITAR

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 2

### RESUMEN

El trabajo desarrolla la regla de la exclusión de la prueba ilícita desde una perspectiva comparada, estableciendo su origen, se observa como se ha ido extendiendo a otros países con ordenamientos jurídicos y sistemas procesales diferentes, a través de casos reales se ilustra como su alcance constitucional garantiza derechos individuales, para posteriormente dar a conocer las principales excepciones a la regla de la exclusión que han surgido por vía jurisprudencial, de igual manera se referencia el momento procesal para la exclusión de la pruebas con el fin de establecer la diferencia de sus consecuencias jurídicas.

Palabras claves: *Derechos fundamentales*, inadmisibles, nula de pleno derecho, exclusión probatoria, ilicitud.

ABSTRACT

The paper develops the rule of exclusion of illegal evidence from a comparative perspective, establishing its origin, is observed as has been spreading to other countries with legal systems and different procedural systems through real cases is illustrated as constitutional scope guarantees individual rights, and subsequently to present the main exceptions to the rule of exclusion that have arisen through the jurisprudence, similarly referenced procedural time for the exclusion of the evidence in order to establish the difference in the legal consequences as a test case of unlawful or illegal.

Keywords: *Fundamental rights*, unacceptable, null and void, evidentiary exclusion, wrongfulness.

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Colombia, mediante la Constitución de 1991, incluyó expresamente una cláusula que establece la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso. El inciso final del artículo 29 constitucional regula el tratamiento que se les da a aquellas pruebas obtenidas por fuera del rito procesal establecido constitucional y legalmente.

“Nuestro ordenamiento jurídico acoge con el régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función protectora, en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado Social de Derecho”,(M.P. Gustavo Gómez Velásquez, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de octubre de 1990) por tanto, resulta relevante el carácter y la finalidad que cumple tanto su aplicación como las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Más aun cuando desde la jurisprudencia y la doctrina se han venido aceptando los criterios de la fuente independiente, del vínculo atenuado y del descubrimiento inevitable como excepciones, para preservar la existencia jurídica de las pruebas lícitas derivadas y no afectarlas con la exclusión.

El sistema penal acusatorio, diseñado en la Ley 906 de 2004, acogió el modelo Norteamericano de la regla de exclusión, enunciando que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será sancionada con la nulidad y deberá ser excluida del proceso. Si bien a partir de la Constitución de 1991 se consagraron, en los códigos de Procedimiento Penal, disposiciones encaminadas a excluir del proceso aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha delimitado de manera más clara el alcance de este mandato de nulidad que se desprende del Art. 29 de la Constitución,

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 5

especialmente a partir de la sentencia(SU-159 de 2002), en la cual se adopta la regla de la exclusión y algunas de sus excepciones como remedio para excluir la prueba ilícita.

“Nuestro ordenamiento jurídico acoge con el régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función protectora, en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado Social de Derecho, aseguradora de la credibilidad del sistema probatorio y, eventualmente, reparadora de los perjuicios causados al procesado en razón a una arbitrariedad”

Cabe mencionar que la (SU-159/2002) comienza con un estudio de derecho comparado que menciona tres tipos de sistemas de regulación de la prueba ilícita: el de aquellos países de tradición anglosajona, haciendo una especial referencia al sistema de la exclusionary rule de Estados Unidos; el sistema de regulación alemana, y por último el de aquellos países de tradición romana. En la sentencia, son varios los puntos en los que la Corte se inclina por el sistema norteamericano. Un aspecto importante para resaltar es la distinción que hace la Corte de las fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas entre pruebas inconstitucionales e ilícitas: “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” (SU-159/2002).

En efecto, el artículo 23 CPP consagra como principio rector del sistema penal acusatorio la Regla de Exclusión y la doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso, con la particularidad que para la ley procesal penal hay evidencia ilícita cuando se ha obtenido o producido con violación de los derechos fundamentales del procesado (artículo 23 CPP), y aquella cuyo recaudo se hace

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 6

mediante tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales (artículo 457 CPP), dependiendo del tipo de violación se derivan consecuencias procesales diferentes.

Por otra parte la Corte, realizando un estudio de las actas de la asamblea constituyente que construyó el inciso final del art. 29 constitucional, concluye que los delegatarios se propusieron “incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos” (SU-159/2002).

Es en este punto donde comienza la Corte a adherirse a la tradición angloamericana de tratamiento de la prueba ilícita, asumiendo como fines de la norma constitucional los efectos disciplinantes o preventivos (Guarigía, 2005, p. 46) *deferrent effect* que esta tiene sobre sujetos públicos y privados, para desalentar la actividad de persecución penal contraria a los principios constitucionales; esta se considera la tesis dominante que ha asumido la Corte Suprema de los EE. UU, sobre la regla de exclusión.

En cuanto a las pruebas y su denominación, la doctrina y la terminología no es uniforme, se utilizan diferentes términos para referirse a la prueba ilícita, algunos consideran llamarla prueba ilegalmente o ilegítimamente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula o prueba viciada; llegando incluso a tener conceptos que difieren unas de otras; pero a la vez podemos advertir que los términos más utilizados en la doctrina son “la prueba prohibida o la prueba ilícita”(Miranda Estrampes, 1999, P.16) Para un sector de la doctrina la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de la persona. Este autor citando a Montón Redondo señala 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 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” (Miranda Estrampes,1999,P 18).

El término de “prueba prohibida” fue acuñado a inicios del siglo anterior por Ernst Beling en su obra “Las Prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”, y la define diciendo: “La prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial” (Ascencio Mellado,1989, p 81,82).

Conforme a lo anterior diremos que la prueba ilícita es aquella contraria al ordenamiento legal, es decir, la prueba que es obtenida e incorporada al proceso habiéndose infringido las normas o el ordenamiento jurídico, violándose las formalidades que prevé la ley, motivo por el cual el juez no puede formarse convicción de la veracidad o no, de los hechos, ni fundar su sentencia en ella.

En la tesis de la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, dijo que 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.

“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

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 8

declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba haya 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 si 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.”

Desde la creación misma de la Regla de Exclusión, a ésta se le han establecido un sin número de excepciones que permiten la admisibilidad de material probatorio recaudado ilícitamente. Por tanto es importante resaltar que la regla de exclusión y sus excepciones fueron incorporadas al proceso penal colombiano inicialmente por la jurisprudencia constitucional en la sentencia (SU-159 de 2002). La Corte Constitucional resuelve en este caso el recurso de tutela de un ex ministro condenado por la Corte Suprema de Justicia por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145, Decreto 100 de 1980). La *notitia criminis* fue una publicación en la revista SEMANA de una conversación entre dos ministros del gobierno en la que negociaban la adjudicación de unas emisoras radiales. De acuerdo con la Corte Constitucional, tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia aplicaron correctamente la regla de exclusión de la conversación ilícitamente obtenida. Sin embargo, de esta conversación

surgieron otras pruebas como declaraciones de los ministros a los medios, comunicados, testimonios de sus secretarías, entre otros, que bien podrían considerarse pruebas derivadas de la prueba ilícita, pero como elemento a resaltar del análisis que se hace en la sentencia a partir del derecho comparado, la Corte menciona las diferentes excepciones que ha construido la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.: la doctrina de la atenuación, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del acto de voluntad libre. Es precisamente en estas excepciones en que se basa la Corte para resolver el caso concreto, indicando que la prueba de la interceptación ilegal fue correctamente excluida del proceso por parte de la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, las pruebas subsistentes y que de alguna forma tuvieron una relación de causalidad con la originaria –ilícita– son aceptadas en el proceso, argumentando o que se trata de pruebas independientes, o con un vínculo atenuado o irrelevante, o que fueron obtenidas en un acto de voluntad libre.

“En consecuencia, en concepto de esta Corporación no es atendible la tesis del tutelante en el sentido de que las pruebas que sirvieran de fundamento a las decisiones judiciales, ahora impugnadas por vía de la acción de tutela, estuvieran viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Como anteriormente se ha mostrado, se trato de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela o bien inexistente, o bien roto por la ocurrencia de decisiones libres o hechos autónomos, o bien muy tenue y lejano. Además, como se demostró, las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho por defecto factico” (SU-159/2002).

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 10

Con base en lo expuesto anteriormente, resulta relevante conocer cuáles son las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, dando a conocer los casos más mencionados en la literatura, así como la importancia y categorización que se da a la regla de exclusión en diferentes países, pues, solo a través del desarrollo de esta temática se enfatiza la importancia de la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

Si bien la regla de exclusión tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, puede aplicarse a todo tipo de procesos, ha de reconocerse que es el proceso penal su ámbito de aplicación natural y habitual, si bien la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de su fundamento. Con carácter general y desde una perspectiva comparada, la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas tiene su origen en Estados Unidos, habiéndose extendido a otros países incluso con ordenamientos jurídicos y sistemas procesales diferentes, como bien lo desarrollan algunos de los modelos teóricos explicativos.

En Estados Unidos, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas no tiene reconocimiento expreso en la Constitución. El modelo norteamericano se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión y es propio de su sistema procesal-penal, ha sido objeto de creación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculándose a las IV y V Enmiendas de la Constitución Norteamericana, en las que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no auto incriminarse: (*Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886)) y (*Weeks vs. United States*, 232 US 383 (1914)). Se sienta así la doctrina de que todas aquellas pruebas que se obtengan por las fuerzas del orden público vulnerando los derechos constitucionales reconocidos en alguna de las Enmiendas citadas carecerán de eficacia y no podrán ser valoradas por el juez en el proceso penal para

declarar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados. El fundamento inicial de la regla de la exclusión tiene un claro alcance constitucional, supone una garantía reforzada para los derechos individuales y trata de evitar que accedan al proceso todas aquellas pruebas que se obtengan por las autoridades policiales conculcando derechos constitucionales de las personas. Posteriormente, el Tribunal Supremo norteamericano ha establecido que el fundamento principal de la regla de exclusión es preservar la integridad judicial en el proceso e impedir que los agentes de la policía realicen actividades ilícitas en la obtención del material probatorio con lesión de los derechos individuales (deterrent effect): (*Elkins vs. United States*, 364 US 206 (1960)); (*United States vs. Calandra*, 414 US 338 (1974)) y (*United States vs. Janis*, 428 US 433, (1976)). En definitiva, es este último fundamento de la regla, el efecto disuasorio de la actividad policial en la búsqueda de elementos incriminatorios el que ha prevalecido en la jurisprudencia norteamericana.

Ahora bien, existe la posibilidad de que puedan preverse jurisprudencial o legalmente otros remedios de igual o similar eficacia para conseguir el efecto disuasorio de la regla de prohibición de la prueba ilícita, como la exigencia de una estricta responsabilidad civil o disciplinaria a los agentes policiales que lesionen los derechos de las personas en la realización de sus actuaciones indagatorias (*Herring vs United States*, 555 US 513 (2009)).

Así, el Tribunal Supremo Federal norteamericano ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando las pruebas se obtengan por particulares (*Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (*US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990), que no aplicó la regla de exclusión al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México) o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe.

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 12

Siendo este su fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada.

En otros países, la regla de la exclusión de la prueba ilícita tiene un origen eminentemente constitucional, al hallarse relacionada con el reconocimiento del Estado de Derecho buscando garantizar y proteger los derechos y libertades de la persona impidiendo que puedan ser valoradas en el proceso aquellas pruebas que se obtengan de forma ilícita vulnerando los derechos individuales.

Puede observarse también una tendencia general a la creación jurisprudencial de la regla de la exclusión. Este es el caso de Italia o España, en los que los Tribunales Constitucionales respectivos han tenido un protagonismo esencial en su formulación, interviniendo posteriormente el legislador para elaborar una norma que reconozca genéricamente la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria en los códigos orgánicos o procesales, ya sea de forma independiente o ya sea incluyendo la regla de la exclusión junto con la regulación de determinadas prohibiciones probatorias.(SSTC 111/2011de 4 de julio)

En Italia, es el Código Procesal Penal de 1988 el que ha introducido una prohibición de valoración de las pruebas por el juez cuando estas se hayan obtenido incumpliendo las prohibiciones legales sobre admisión de pruebas. Se lleva a cabo a través de una institución procesal “la inutilizabilidad”, en virtud de la cual el juez no podrá valorar ni fundamentar su decisión judicial en una prueba que se haya adquirido conculcando una prohibición probatoria legalmente establecida. La Corte Constitucional italiana ha complementado esa regulación de la prueba ilícita creando la categoría de las pruebas inconstitucionales, que son aquellas que se han

obtenido vulnerando los derechos fundamentales de los ciudadanos. (SSCC 34/1973, de 21 de marzo y 81/1993, de 26 de febrero).

Por otro lado, en países, como Portugal, Brasil o México, recientemente han elevado a rango constitucional la regla de la exclusión de la prueba ilícita, al proclamarla expresamente en su Carta Magna, que supone además el otorgamiento de una tutela jurídica reforzada emanada de la fuerza normativa que tiene la Constitución. (Constitución portuguesa de 1976, art. 32.8); (Constitución federal brasileña de 1988 art. 5, parágrafo LVI); (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 20, apartado A, inciso IX.)

En España, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante, el Tribunal Constitucional español ha ido introduciendo en su discurso argumental el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana. En la actualidad, entre los factores a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el tribunal menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración.(STC 114/1984de 29 de noviembre).

Sin embargo y pesar de su formulación inicial, pronto la jurisprudencia norteamericana admitió algunas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que se han ido reconociendo también en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos, como manifestación de un fenómeno de progresiva norteamericanización de la regla de exclusión. Ahora bien, estas excepciones, como su propio nombre indica, han de ser excepcionales, han de constituir la excepción a la regla general que es la exclusión probatoria, las excepciones a la regla de la exclusión han surgido, en

el ámbito de la jurisprudencia norteamericana y, por su influencia, se han extendido a otros ordenamientos jurídicos como el español y el mexicano, también por vía jurisprudencial.

Desde un sector de la doctrina se ha constatado cómo en el Derecho comparado se observa una tendencia generalizada a la introducción, por vía jurisprudencial, de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que conduce a una relativización o debilitamiento en su aplicación, y ello con independencia de que la regla se haya proclamado constitucional o legalmente.

Sin lugar a dudas, una de las decisiones más polémicas que en este sentido se ha proferido, en Norteamérica es el caso (*Hudson vs. Michigan*) en el cual se admitieron y valoraron las pruebas en contra del imputado pese a la violación de la *knock and announce rule*—regla incorporada jurisprudencialmente a la IV Enmienda de la Constitución, la cual prescribe que para que una diligencia de registro e incautación sea válida, los agentes policiales se obligan a anunciar su presencia y esperar 25 segundos antes de ingresar a un inmueble, con el fin de ofrecer a los residentes la oportunidad de abrir la puerta y así poder colaborar con las autoridades.

El controvertido caso se resolvió en el 2006, cuando, ante la sospecha que Mr. Hudson utilizaba su vivienda para guardar cocaína y armas de fuego, la Policía de Michigan obtuvo un orden de registro para allanar su residencia. Al llegar allí, los agentes se anunciaron pero como la puerta se encontraba abierta, éstos no esperaron el tiempo requerido sino que tan solo esperaron cuatro segundos y procedieron a ejecutar el allanamiento. Durante el juicio del proceso penal, la defensa de Mr. Hudson alegó que los actos cometidos al registrar su inmueble eran violatorios de sus derechos constitucionales consagrados en la IV Enmienda, específicamente la regla del (*knock and announce*). Sin embargo, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que la

infracción de ésta regla por parte de la policía, no generaba inadmisibilidad de la evidencia obtenida durante el registro.

Así las cosas, dentro de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, podemos referirnos a la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado.

***La Fuente Independiente:*** Esta excepción se presenta cuando la prueba ilícita o la violación de los derechos fundamentales está desvinculada de otros medios de prueba que son lícitos, y mediante los cuales el fiscal y los demás operadores jurídicos pueden conocer con claridad los hechos objeto de investigación. En este caso, el operador jurídico debería suprimir hipotéticamente la prueba ilícita o el acto de violación de derechos fundamentales, y si de todas maneras se llega a la misma conclusión, este medio de convicción sería admisible en el proceso penal.

En este caso en realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Dicha excepción se aplicó, en algunos casos Norteamericanos como el caso (*Segura vs. US* (468 US796, 1984), en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto

tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido. También en el caso (Bynum vs. US, 107 U.S App D.C 109 de 1960), se aplicó también esta doctrina en un supuesto en donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener causa razonable. A pesar de ello la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal. El Tribunal Supremo federal norteamericano aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla independiente y no relacionada con el arresto ilegal. Pues podría decirse que resulta evidente la relación causal directa entre ambos tipos de pruebas. Vemos como la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de prueba independiente. La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aun existiendo relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente.

***El descubrimiento Inevitable:*** La evidencia ilícitamente obtenida y sus consecuencias, se deberán admitir y valorar pues inevitablemente en el curso de la investigación mediante otros medios de conocimiento se llegará a la misma conclusión.

En materia de registros y allanamientos existía una excepción a la Regla de Exclusión que consistía en la posibilidad de utilizar las evidencias físicas y los elementos materiales

probatorios que dependían del registro o allanamiento ilegal, para ser utilizados con fines de impugnación de las declaraciones del acusado. Afortunadamente, la Corte Constitucional en sentencia C-210 de 2007, declaró inexecutable la posibilidad de utilizar la evidencia ilícita para impugnar las declaraciones y confesiones del procesado, argumentando que el Estado en ninguna circunstancia podía beneficiarse de la violación a los derechos humanos. De esta forma, en materia de registros y allanamientos, la Regla de Exclusión opera de igual manera que en las demás actuaciones del proceso penal.

En la formulación norteamericana, según dicha excepción no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. Dicha excepción se apreció, como modalidad de la excepción de la fuente independiente, en el caso (*Nix vs. Williams* (467 US 431,1984)). Los hechos analizados eran los siguientes: durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver.

El Tribunal Supremo Federal Norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo una pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona. No obstante, como pone de manifiesto un sector de la propia doctrina norteamericana, el efecto de aceleramiento de los

resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no corresponde con los hechos realmente acontecidos. (Salas Calero 2002, 386 y ss.) Nos dice que esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por los tribunales de apelaciones.

*Y La Excepción del Vínculo Atenuado:* Cuando el vínculo o relación existente entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita que se deriva de ésta es tan tenue, que se requiere de grandes ejercicios lógicos para establecer el vínculo existente, la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, indicó 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.

Finalmente y con base en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 17 de marzo de 2010 con ponencia del H. Magistrado Sigfredo Espinosa Pérez, se puede precisar el momento procesal último en el que se puede excluir una prueba.

Está claro que es la audiencia del juicio oral, el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia.

En este contexto, “prueba es la que se practica en el juicio oral ante el juez de conocimiento, y sólo ella puede suministrar el fundamento de la sentencia sea absolutoria o

condenatoria, la cual, será dictada por el mismo funcionario ante quien se recaudó la misma. De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación citado en artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004.”

Sobre lo anterior, ha hecho especial énfasis la jurisprudencia de la Corte Constitucional, refiriéndose a los principios de inmediación y concentración a la luz de la sistemática de la Ley 906 de 2004, destacando que se abandonó el principio de permanencia de la prueba, habida cuenta que ahora debe practicarse en el curso de un juicio oral, con todas las garantías procesales, para luego ser valorada por el funcionario judicial ante el cual se acopió la misma.

El artículo 212 del Código de Procedimiento Penal impone al fiscal competente que si al estudiar el informe de inicios de labores de investigación efectuadas por la policía judicial, se encuentra que se han vulnerado o desconocido derechos y garantías constitucionales de alguna persona, éste deberá ordenar el rechazo de esas actuaciones e informará de la existencia de dichas irregularidades a las autoridades disciplinarias y penales competentes.

Éste es un control de legalidad que hace el fiscal a las labores desempeñadas por la policía judicial, en el cual es perfectamente posible excluir aquellos elementos de convicción que sean obtenidos con violación de derechos fundamentales.

El juez de control de garantías deberá excluir las pruebas ilícitamente obtenidas y las evidencias derivadas, lo cual significa que no podrá valorarlas ni utilizarlas para tomar las

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 20

decisiones propias de su cargo, tales como: la imposición de medidas de aseguramiento, el control posterior sobre medidas restrictivas de la libertad, el control posterior sobre la afectación del derecho a la intimidad e inviolabilidad de las telecomunicaciones, y el control posterior de actos violarios del derecho a la intimidad en el transcurso de las diligencias de registros y allanamientos. El retiro que hace el juez de control de garantías tiene un carácter total y definitivo, por lo cual el juez de conocimiento nunca podrá conocer dicho material.

Finalmente, el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria del juicio oral, decidirá sobre la inadmisibilidad, exclusión o rechazo de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, a solicitud de las partes y del Ministerio Público.

Así, la Consecuencia jurídica de la incorporación de evidencias ilícitas en el proceso penal es la inexistencia, en tanto que dichos medios de convicción nunca han existido y no pueden producir efectos reflejos ni indirectos en el proceso penal, pues la noción de nulidad que tradicionalmente conocemos implica el reconocimiento de existencia jurídica del acto o medio de prueba, que por tener un vicio en el momento de su producción no puede producir efectos en derecho.

Como la prueba se estima inexistente y no nula, no es necesaria una declaración judicial que así lo establezca, aunque por razones de seguridad jurídica es recomendable que el juez de garantías o el juez de conocimiento, según corresponda, lo establezcan con claridad en virtud del principio de lealtad procesal (artículo 12 CPP).

En el único caso que se genera nulidad del proceso penal por no haber excluido una prueba ilícita lo cual implica que se ha aducido al juicio oral, es cuando ésta es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, caso en el cual se excluye la prueba ilícita, se declara la nulidad del proceso y se envía el expediente a un juez diferente para

que continúe con el trámite del proceso y así no contamine su criterio con medios de prueba ilícitos.

## CONCLUSIONES

1. Las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales.

2. La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso, no puede sustentarse en el propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad.

3. En el Derecho comparado, puede observarse también una tendencia evolutiva a la introducción, por vía jurisprudencial, de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que conducirá a una relativización o debilitamiento en su aplicación, y ello con independencia de que la regla se haya proclamado constitucional o legalmente.

4. Cuando se alega que una prueba fue ilegalmente incorporada al expediente y pese a ello apreciada por los Jueces de instancia, no es atinado solicitar la nulidad de las actuaciones, puesto que la sanción correspondiente a las irregularidades sustanciales en el proceso de formación de las pruebas es la inexistencia jurídica de las mismas, y no la nulidad de las diligencias.

5. La obtención de la verdad no parece ser un valor con entidad suficiente para fundamentar o apoyar las excepciones a las reglas de exclusión ya que, aun cuando una prueba es excluida del proceso penal, este fin se satisface con el seguimiento riguroso del rito establecido para juzgar, y por lo tanto cuando se excluye una prueba ilícita lo que se hace es reafirmar la

necesidad de llegar a una verdad o por lo menos de cierta verdad respetuosa del procedimiento preestablecido y de los derechos fundamentales.

6. La regla de exclusión de la prueba ilícita tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, se aplicará a todo tipo de procesos, aunque el ámbito natural de aplicación será el proceso penal. En este tipo de proceso, la prueba ilícita presupone un conflicto entre dos intereses jurídicos contrapuestos, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, y la tutela de los derechos y libertades individuales.

LISTA DE REFERENCIAS LA BIBLIOGRAFÍA

- Fidalgo Gallardo Carlos (2003) *La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los estados unidos de América, tribunales de justicia, n° 5, mayo.*
- Estrampes Miranda Manuel (1999) *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch.
- Ascencio Mellado, José María (1989) *La prueba prohibida y prueba pre constituida*; Trivium Edt., Madrid.
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires.
- Monsalve Correa Sebastián (2010) *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991* Vol. 40, no. 113.
- Salas Calero, I. (2002) *Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos. Revista Poder Judicial.*
- Montón Redondo, citado por Manuel Miranda Estrampes, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, (1999) Barcelona, Editorial Bosch.
- M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional, *Sentencia SU- 159 del 6 de marzo de 2002.*
- M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Corte Suprema de Justicia, *Sala de casación penal, sentencia del 17 de marzo de 2010, radicado 1845.*
- Sentencia C-591 de 2005.

## EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA 25

Jurisprudencia International: (STC 114/1984 de 29 de noviembre); (Elkins vs. United States, 364 US 206 (1960)); (United States vs. Calandra, 414 US 338 (1974)) y (United States vs. Janis, 428 US 433, (1976)); (Nix vs. Williams (467 US 431, 1984)) (Segura vs. US (468 US 796, 1984), (Bynum vs. US, 107 U.S App D.C 109 de 1960), . (SSCC 34/1973, de 21 de marzo y 81/1993, de 26 de febrero). (Herring vs United States, 555 US 513 (2009)). (Burdeau vs. McDowell, 256 US, 465, 1921).