

INEFICACIA DE LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO JUDICIAL

MARGARITA ROSA JARAMILLO COSSIO

YURANI ANDREA ESTRADA LOPERA

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2012

INEFICACIA DE LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO JUDICIAL

MARGARITA ROSA JARAMILLO COSSIO

YURANI ANDREA ESTRADA LOPERA

**Monografía de grado presentada como requisito para optar
al título de Abogada**

Asesor: Raúl Eduardo Morales

**ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD EAFIT
MEDELLÍN
2012**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, marzo de 2012

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	8
3. JUSTIFICACIÓN	10
4. METODOLOGIA	11
5. LA PRUEBA	12
5.1 PRUEBA.....	12
5.1.1 Teoría general de la prueba.....	13
5.1.2 Clasificación de las pruebas	14
5.1.3 El sujeto y objeto de la prueba.....	15
5.2 FUENTE DE PRUEBA	21
5.3 ELEMENTOS Y MEDIOS DE PRUEBA	23
5.4 MOMENTOS DE LA PRUEBA	28
6. PRUEBA ILÍCITA	31
6.1 PRUEBAS PROHIBIDAS POR LA LEY	31
6.1.1 Prohibiciones que afectan la materia objeto de investigación o de prueba.....	31
6.1.2 Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba.....	32
6.2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA DOCTRINA.....	33
6.3 APROXIMACION AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA.....	37
6.4 FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	41
7. REGLA DE EXCLUSION	43
7.1 LA REGLA DE EXCLUSION: TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL VENENOSO	43
7.2 REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	45
7.3 CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA REGLA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIÓN DE PRUEBAS.....	51
7.4 LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES	54

7.4.1 Las excepciones a la regla de exclusión en los Estados Unidos	57
7.4.2 Las excepciones a las reglas de exclusión en la jurisprudencia española	61
7.4.3 Las excepciones a la regla de la exclusión en la jurisprudencia alemana	65
7.5 ELEMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA	69
8. PORQUE SE DEBE ADMITIR LA PRUEBA A PESAR DE SER ILICITA	76
8.1 PRINCIPIO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD PROCESAL Y LA JUSTICIA COMO FIN DE TODO PROCESO	76
8.2 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LAS NORMAS PROCESALES RESPECTO DE LAS MATERIALES	77
8.3 EL CARÁCTER METAJURÍDICO DE LA PRUEBA.....	78
8.4 EL PRINCIPIO — M LE CAPTUM, BENE RETENTUN”	79
8.5 EL ARGUMENTO DE LA NO DOBLE SANCIÓN POR EL MISMO ACTO...79	
8.6 EL PRINCIPIO — F TUM INFECTUM FIERI NEQUIT” O — L HECHO NO PUEDE DEVENIR NO HECHO”	80
9. EFECTO DE LA PRUEBA ILICÍTA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ	81
10. CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	86

INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente trabajo es realizar un análisis de la forma en que es aplicado en el sistema jurídico colombiano la llamada regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita, y como no resulta compatible en un estado social de derecho la forma en que se conciben algunos criterios a partir de los cuales puede una prueba, derivada de aquella catalogada como ilícita, lograr producir bajo ciertas circunstancias efectos jurídicos. Hay que partir así del punto que la prueba en el ámbito procesal se considera acto procesal, es así como su producción ya sea en el ámbito de toda actuación procesal o administrativa, deben cumplirse las formalidades previstas para tal efecto, so pena de las consecuencias que dicha omisión pueda acarrear y en ese sentido es fundamental precisar el efecto que tendría la omisión de las formalidades previstas para la producción de los medios de conocimiento y particularmente la manera como interactúa dicho concepto con el derecho fundamental del debido proceso.

Resulta de suma importancia determinar y establecer las limitaciones de la prueba ilícita y sus derivados; así como también la de establecer cuales serían las excepciones a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita en Colombia.

El derecho probatorio como componente del derecho colombiano debe regirse bajo los parámetros de la legalidad, principio que señala que los medios probatorios se deben ajustar a las formas establecidas por la ley y en ningún caso violentar los derechos fundamentales de la persona, que consagra la Constitución Política. Significa esto que al obtener una prueba se siga los requisitos legales exigidos y que se respeten los derechos que el constituyente de 1991 consagró como fundamentales.

Es por esto que obtiene sentido el principio consagrado en el artículo 29 superior en su inciso final, donde establece la regla constitucional de exclusión de la siguiente manera: —“E nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En materia doctrinaria y jurisprudencial, se ha intentado dar una explicación sobre la admisibilidad de la prueba que es ilícita, pero que su contenido lleva a lo esencial que es encontrar la verdad del proceso, y es a partir de allí que se ha propuesto dos teorías: Teoría de la admisibilidad de la prueba ilícita y Teoría de la inadmisibilidad de la prueba ilícita. La primera afirma que ha de prevalecer la verdad para llegar a la justicia, consecuencia de lo cual, debe tenerse en cuenta la prueba ilícita, sin perjuicio de las acciones que se pueden entablar contra quien violó los derechos fundamentales. La segunda, en contraposición, responde que no se puede permitir la violación de derechos para la obtención de pruebas.

El problema jurídico es entonces el analizarse la admisibilidad de las pruebas que se derivan de la ilícita, si la prueba consecuencia de la ilícita, pero que en sí misma es lícita, debe ser apreciada o no por el juez para tomar su decisión. La respuesta a esta problemática se divide en dos tesis: Teoría de los frutos del árbol envenenado y Teoría de la proporcionalidad. En la primera teoría se rechaza el valor probatorio que pueda tener la prueba lícita derivada de una ilícita debido a que sus fundamentos se hallan viciados; esta posición es la aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano. La Teoría de la proporcionalidad, tiende a ponderar el derecho violado y la utilidad que presta al proceso la prueba ilícita, en tanto, si es mayor la utilidad de la prueba, ha de admitirse la misma.

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Con este trabajo se busca la comprensión de la teoría de la prueba, incorporando la perspectiva constitucional ítem fundamental en un Estado Social de Derecho como es Colombia, en donde la prevalencia y el respeto de los principios constitucionales y los derechos fundamentales son la base indiscutible para la efectiva realización de los postulados constitucionales que buscan salvaguardar al individuo, pues es este el que le otorga el verdadero sentido a la existencia del Estado.

Así mismo hacer alusión de los contenidos constitucionales que guardan directa relación con la teoría de la prueba, a partir de lo cual se pretende señalar la fundamental importancia de reconocer y valorar la Constitución Política de Colombia, sus alcances e instrumentos de protección, garantía y salvaguarda de sus contenidos, con el fin de lograr el respeto de los derechos de los actores en las actuaciones del proceso judicial en las que se estén manejando elementos de prueba.

2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar cómo en nuestro sistema jurídico colombiano rige la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita a partir de la incorporación del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política: *es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*, lo que permite darle un tratamiento diferente al que tradicionalmente se le daba a las pruebas de carácter ilícito.

No obstante lo anterior, la manera como concibe la Corte Constitucional la denominada teoría del fruto del árbol envenenado y su aplicación respecto a la prueba derivada de la principal que deviene en ilícita.

- Examinar si la prueba está incorporada en la esfera del debido proceso, por una parte, en lo que respecta a la oportunidad procesal con que se cuenta para controvertirla, e intervenir en su práctica y, por otra, en lo que respecta a la nulidad que acarrearía aquella prueba que es obtenida con violación al debido proceso y que se podría calificar como prueba ilícita.

3. JUSTIFICACIÓN

La prueba ilícita y los llamados “frutos del árbol envenenado” carecen de valor alguno para todos los efectos, por vulnerar garantías del debido proceso. El respeto al Estado constitucional de derechos y justicia, demanda el respeto a la normativa constitucional prevista en la Carta Magna que establece la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.

Para llevar a cabo esta investigación debemos recurrir a citas doctrinarias de autores de reconocido prestigio académico, tanto en Colombia como en el extranjero, así como a importantes citas jurisprudenciales de Tribunales Nacionales de diferentes países incluyendo el ámbito constitucional, como de Tribunales Supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros.

El presente trabajo de investigación comprende un análisis comparativo de las regulaciones normativas que presenta en la actualidad la figura de la *obtención ilícita de la fuente de la prueba* en el proceso judicial colombiano, con la legislación extranjera, y la evolución que ha tenido el trato a la misma en el ordenamiento jurídico y jurisprudencial colombiano, así como el trato jurídico y jurisprudencial que apreciamos en la legislación comparada.

No podemos desconocer que es una materia de singular relevancia dogmática y trascendencia práctica, desde que en ella pueden colisionar todo el sistema de derechos fundamentales que modelan la convivencia social en un *Estado constitucional de derechos y justicia*, con el contenido y alcance del denominado "derecho a la prueba", vale decir con sus manifestaciones y consecuencias en el proceso judicial en materia probatoria.

4. METODOLOGIA

Los métodos generales del análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental constituyen la metodología de este trabajo, debido al asunto fundamental de que trata. Es decir, el presente trabajo se basará específicamente en la investigación teórica. Además se utilizará el tipo de investigación histórica y descriptiva.

Por otra parte se analizarán los roles que desempeñan cada una de las partes dentro del sistema con relación al objeto de estudio.

5. LA PRUEBA

5.1 PRUEBA

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia¹, prueba es la acción y efecto de probar, de demostrar; también: razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa (2ª. Aceptación), indicio, seña o muestra que se da de una cosa (3ª. aceptación) y ensayo o experiencia que se hace de una cosa (4ª. aceptación). En derecho, dice dicho diccionario (5ª. aceptación), es la «justificación de la verdad de los hechos controvertidos hecha por los medios que autoriza y reconoce, por eficaces, la ley». En sentido científico, prueba es, también, averiguación y demostración.

Ahora, en el proceso civil, es un medio de verificación de las proposiciones de los litigantes, según Couture. En materia penal, dice Couture, es averiguación, haciendo referencia a la diferencia entre el sistema dispuesto en el proceso civil e inquisitivo. Devis Echandía define las pruebas judiciales como «el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez a la convicción sobre los hechos que interesan al proceso»². Alsina³ plantea la necesidad de una teoría general de la prueba, dando pautas al respecto.

¹ Ver Diccionario de la lengua española, Vigésima edición, Madrid 1984, Tomo II, pág. 1116

² DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría general de la prueba judicial, Buenos Aires, 1970, tomo I.

³ ALSINA, H., Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1961, tomo III

5.1.1 Teoría general de la prueba

Generalidades:

Existe una teoría general de la prueba que se refiere a su concepto, naturaleza, principios, clases y demás generalidades.

Dicha teoría pertenece al campo del proceso, ciencia autónoma, sin perjuicio de su naturaleza secundaria, al servicio del derecho sustancial, según toda la moderna doctrina procesal⁴.

Los autores clásicos sostuvieron que no existe una teoría *general* sino una *particular* para el proceso civil y otra para el proceso penal⁵; después se reclamará una teoría de la prueba para el derecho constitucional, laboral, etcétera, por sostenerse la tesis de que existe —o debe existir— un proceso para cada una de estas disciplinas, diseñado sobre la base de los principios específicos de cada uno de esos procesos.

Por el contrario los autores modernos sostienen que, así como hay un solo proceso, sin perjuicio de las especialidades en cada caso, esto es, en el proceso civil y proceso penal, sólo hay una teoría general de las pruebas, que sirve tanto al proceso civil como al penal⁶

⁴ COUTURE, E., Fundamentos de derecho procesal civil, 3ª edición, Buenos Aires, páginas 163 y 249. ALSINA, H., Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1961, tomo III, página 221. Devis Echandía, H., Teoría general de la prueba judicial, 1ª edición, Buenos Aires, 1970, tomo I, páginas 9 y 10 y de 15 a 18. Compendio de derecho procesal, Bogotá, 1975, tomo II, página 2. REDENTI, E., Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1957, tomo I, esp., páginas 259 a la 262.

⁵ FLORIAN, E. Delle prove penale, Milano, número 25. 1961

⁶ DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría general de la prueba judicial, Buenos Aires, 1970, tomo I, página 16, y, en especial, Compendio de derecho procesal, Bogotá, 1975, tomo II, páginas 3 y 4. Ver también: VÉSCOVI, E., Derecho procesal civil, Montevideo, 1974, tomo I, páginas 38 y siguientes

5.1.2 Clasificación de las pruebas

En materia de clasificación de las pruebas, como sucede generalmente, hay múltiples criterios, según los diversos autores. Sin embargo, en esta parte general hay que incluir las que tienen mayor utilidad en el proceso. Así, la prueba se clasifica, según su poder convictivo y su grado de valor, en *plena* y *semiplena*. A las que agregan los autores el *principio de prueba*.

La prueba plena es la que produce una total certeza y la semiplena es la imperfecta, como se ha dicho, la que no prueba la existencia del hecho histórico, sino la posibilidad de su acaecimiento.

En cuanto al principio de prueba, es el que, sin convencer plenamente, hace creíble la existencia del hecho.

El objeto de la prueba de acuerdo a los autores mencionados anteriormente son los hechos y el sujeto de la prueba es el juez. En función de ello se clasifica la prueba en *directa* e *indirecta*. La directa es aquella en la cual la percepción del hecho la realiza directamente el juez (por ejemplo, inspección judicial), mientras que la indirecta es aquella en la cual entre el sujeto (juez) y el hecho se interpone algo, cosa o persona (por ejemplo, testigo, perito)⁷

A su vez, la prueba indirecta, según algunos autores de los citados, como Couture se subdivide en *histórica* y *crítica*.

La histórica es aquella en la que la percepción del juez se realiza a través de la representación, por ejemplo en el relato del testigo o en el informe del perito. La crítica es aquella a la que se llega por un razonamiento lógico; según Couture, se verifica el hecho histórico a través de otros hechos o cosas relacionadas con el hecho a probar en relación de representación.

⁷COUTURE, Op. Cit., p. 264 - 266.

Según el momento de creación, las pruebas se dividen en *preconstituidas* o *circunstanciales*. Las preconstituidas son las creadas por las partes con el fin de demostrar lo que quieren probar. Generalmente se preconstituye en el momento de celebrar los actos jurídicos. Las circunstanciales, en cambio, surgen con posterioridad al acto.

En este mismo tema algunos autores mencionan la *contraprueba*, es decir la prueba que no se dirige a demostrar un hecho histórico, sino a destruir su existencia o veracidad.

5.1.3 El sujeto y objeto de la prueba

En sentido abstracto el objeto de prueba es todo aquello que se pueda probar, en general sobre lo que puede recaer la prueba⁸. Para algunos autores, como se menciono anteriormente el objeto de la prueba son los hechos, para otros las afirmaciones de las partes sobre los hechos. CARNELUTTI⁹ procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones).

La noción objetiva y abstracta del objeto de prueba puede ser tomada como un concepto general. Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de ese suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En consecuencia, como apunta PALACIO¹⁰, pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción humana), o de los estados de la vida interior del hombre (intención, conocimiento, voluntad, etc.). Esto no excluye que puedan probarse las normas.

⁸ PARRA QUIJANO, J. (2001), Manual de Derecho probatorio, p. 85. DEVIS ECHANDÍA, H. (1993), Teoría General de la prueba Judicial, Tomo I, p. 142. .

⁹ CARNELUTTI, F. (1993). Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II, p. 450.

¹⁰ PALACIO, Lino E. (1975). Derecho Procesal Civil, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, p. 234

En el proceso, la prueba se ocupa de hechos –de relevancia jurídica- y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para provocar la convicción del juez acerca de la razón que esgrime cada una de ellas en el conflicto.

Que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos –postura que actualmente cuenta con mayor apoyo- no supone otra cosa que entender que en tanto aquéllas son el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso, la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la verdad de las afirmaciones.

Ahora, luego de analizar que es objeto de prueba, que en términos generales es una noción abstracta (con relación al proceso) pero objetiva (en cuanto a que es materializable) es importante determinar ¿qué debe ser probado?, que es propiamente el *thema probandum* o necesidad de prueba, el cual es objetiva (hechos que pueden ser materia de prueba) y concreta (con relación al caso o proceso concreto). Así que, es evidente que esto tiene que ver en relación con el proceso concreto. Como en el mismo se debe aplicar unas normas, es claro que el *thema probandum* son los elementos fácticos que sirven de presupuesto a aquellas normas con base a las alegaciones de las partes¹¹.

Es así como el tema de prueba es lo que debe ser objeto de prueba en un determinado proceso, en función de cuáles sean los hechos introducidos por las partes. Es fundamental tener en cuenta que la necesidad del (*thema probandum*) es una necesidad del proceso, que por un lado obliga a las partes a probar sus afirmaciones, pero por otro lado el juez requiere de ellas para su decisión

Así pues, el juez tendrá que llegar a cierta convicción con el objeto de dictar sentencia. Esto permite formular una pregunta ¿qué es lo que debe probarse en el proceso? Siguiendo a TARUFFO¹², debe entenderse que en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro,

¹¹ MICHELLI, Gian Antonio (2004). La carga de la prueba, Bogotá: Editorial Temis, p. 488-489.

¹² TARUFFO, Michele (2002). La prueba de los hechos, p. 90

sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto.

Pero, aunque como regla general la prueba recaiga sobre los hechos, no hay que olvidar que algunos tipos de hechos no requieren ser probados por diversas razones. Entre ellos tenemos: a) los hechos notorios, b) los hechos evidentes, c) los hechos presumidos – debe probarse el antecedente o hecho base.

Hechos notorios

Estos hechos, constituyen una categoría que está relevada de prueba por imperativo legal, aun cuando ingresen en los hechos relevantes a la causa para la aplicación de la norma jurídica correspondiente.

Incluso, algunos autores como Tarigo, agregan que tales hechos estarían exentos de prueba, dada su calidad de controvertibles, y ello pues, al no poder ser controvertidos por su propia naturaleza, escaparían a la categoría que requiere acreditación¹³.

El sentido normal y corriente del adjetivo *notorio* equivale a público y sabido por todos; en sentido jurídico, ha sido definido como aquel –que entra naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión”¹⁴.

La doctrina ha requerido, en primer término, que el hecho sea conocido por el juez; pero ese conocimiento no se debe limitar a uno de carácter privado, sino que ha de gozar de una cierta generalidad.

¹³TARIGO, E., Lecciones de derecho procesal civil, FCU1994, página 15.

¹⁴ COUTURE, E., Fundamentos de derecho procesal civil, Buenos Aires, 1942, página 15, quien cita a Calamandrei, P., Per la definizione del fatto notorio

Sobre la base de ello, se han postulado dos corrientes sobre el alcance subjetivo del conocimiento.

1. Una tesis que sostiene que el mismo sea de *todos* los integrantes del círculo social respectivo.

2. Otra que entiende que es suficiente una divulgación o generalización relativa en ese círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla durante el proceso por investigaciones personales o pruebas aportadas con ese propósito y no le quede duda sobre la verdad del hecho»¹⁵

A pesar de ello, la notoriedad de un hecho no puede ser sinónimo de generalidad absoluta, puesto que a pesar de que un hecho pueda ser notorio no significa por ello que sea conocido por todo el mundo. En consecuencia, puede concluirse que se alcanza con el conocimiento de la mayoría de las personas de cultura corriente, cobrando especial relevancia, para su interpretación, el principio de razonabilidad.

Hechos evidentes

La exención de prueba de los hechos evidentes tiene íntima conexión con el problema del conocimiento privado del juez, al igual que el hecho notorio, pues se trata de casos en los cuales el conocimiento de los hechos tiene fuente distinta de los medios probatorios aportados al proceso.

Los hechos evidentes tienen íntima relación con las máximas de experiencia, normas de valor general independientes del caso específico, pero que, proviniendo de lo que acaece normalmente en sinnúmero de casos, son aplicables en todo otro de la misma especie; y como señala Couture, no rige para este tipo

¹⁵ DEVIS, ECHANDÍA, Hernando., Compendio de la prueba judicial, Santa Fe,

de hechos la máxima *quod non est in actis non est in mundo*, pues negar tales hechos significaría negar la evidencia natural de las cosas¹⁶

Ahora bien, vale la pena indagar si tales características significan la prohibición de prueba en contrario. La respuesta no puede ser otra si la admite. El fundamento de ello radica en que, dado el carácter relativo del conocimiento humano, resultante del llamado progreso científico y técnico, ha llevado a que, en el discurso de la historia, hechos que revistieron el carácter de evidente en determinado momento, hoy ya no lo tienen. Y tal comprobación habilita a que la contraparte pueda demostrar que el hecho que se tiene por evidente en un proceso determinado carece actualmente de tal carácter, sobre la base de la existencia de nuevos hechos o experiencias.

Hechos presumidos legalmente

Previo al tratamiento del presente caso de exención, se impone el análisis del concepto de presunción, así como la clasificación que la doctrina ha hecho de las mismas,

La palabra *presunción*, etimológicamente, significa el suponer un hecho como cierto sin que esté probado. Partiendo de tal punto, y siguiendo a Devis Echandía, «la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos¹⁷

De tal definición puede extraerse el conjunto de elementos comunes a toda presunción. En primer término, se trata de un *juicio lógico*, es decir, de un razonamiento que, a partir de una situación de hecho dada, concluye la necesidad de ocurrencia de otro hecho.

¹⁶ COUTURE, Op. cit., p. 111

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit., tomo II, p. 338.

Los sujetos de ese juicio lógico pueden ser el *legislador* o el *juez*, originando dos tipos diversos de presunciones—, plasmándose, por tanto, en actos legislativos o jurisdiccionales.

La conclusión del razonamiento siempre versa sobre hechos considerados como *ciertos o probables*, —según sea el tipo de presunción, es decir, que tiene como consecuencia el accertamiento de una situación fáctica. Y cuando se habla de probable, se hace con relación a su acreditación, esto es, que se entiende cierto por ser alta la probabilidad y si no existen elementos que la enerven.

Tradicionalmente, la doctrina ha clasificado las presunciones en *legales* y *judiciales*, según el sujeto que la emite y, en consecuencia, los actos jurídicos en los que se incluye, así como las consecuencias procesales de cada una.

Ha de entenderse por *presunción legal* aquella que emerge de la ley, en tanto el legislador realiza el juicio lógico apuntado oportunamente y concluye en la existencia de tres circunstancias, constituidas por dos hechos y una relación de causalidad, de tal forma que, teniendo por acreditado uno de aquellos y en mérito a la existencia de esa relación, ha de tenerse por cierto el otro supuesto fáctico.

En cambio, la *presunción judicial* es aquella emergente de un razonamiento del juez, en la cual, partiendo de un hecho o una serie de hechos se infiere lo ocurrido en el caso particular, fundándose, en realidad, en una forma de juzgar los efectos probatorios de los indicios y demás medios de prueba¹⁸

En conclusión, en tanto la presunción legal es imperativo de la norma que indica que toda vez que se acredite un hecho ha de tenerse igualmente por acreditado otro previsto de antemano, la presunción judicial no deja de ser una forma de razonamiento propio del fundamento de la sentencia, ya que la relación de

¹⁸ DEVÍS ECHANDÍA, *Op. cit.*, tomo 11, p. 344.

causalidad no está impuesta por norma legal alguna, sino por las reglas de la experiencia.

Separadas ambas categorías, es posible hacer una subclasificación de las llamadas presunciones legales, en absolutas o relativas o, como tradicionalmente se las designa, *iuris et de iure* y *iures tantum*.

Las absolutas —*iuris et de iure*— son aquellas que responden a una consideración de certeza del hecho presumido, de carácter definitivo e inmodificable¹⁹ del intérprete que se ve constreñido a tenerlo por cierto, sin posibilidad alguna de enervarlo por ningún medio de prueba.

Por su parte, las relativas —*iuris tantum*— pueden definirse como aquellas que responden a una consideración de alta o gran probabilidad del hecho presumido, con la nota de provisorio que admite la destrucción de tal probabilidad, mediante los medios probatorios pertinentes, los que quedan al arbitrio exclusivo de la parte perjudicada por tal presunción²⁰

5.2 FUENTE DE PRUEBA

Bentham ya había hablado del objeto fuente de la prueba y de la prueba que de su objeto resulta, y dijo que puede conservarse el objeto en su carácter natural y ordinario y perecer en su carácter de prueba. Pero la distinción, en rigor, la inicia Carnelutti y su desarrollo se debe a Sentís Melendo. En América ha trabajado esto ARAZI, el maestro Devis Echandía –siguiendo a Carnelutti y a Rocco- establece la distinción, pero hace énfasis en el concepto —*proba*—. En España, varios autores tratan la distinción, entre ellos, Guasp, Montero Aroca, Ramos Méndez, Ortells Ramos.

¹⁹ Hecho antecedente es aquel requerido por la norma para tener por acreditado el consecuente, que no es otro que el presumido.

²⁰ El juez no puede, de oficio, ingresar a la prueba necesaria para destruir tal presunción relativa debido al principio dispositivo

Para Carnelutti —testimonio, documento e indicio son las tres fuentes típicas de prueba”, en cambio Devis Echandía dice que —testimonio, documento e indicio son los tres medios típicos y Sentís Melendo afirma que el testimonio y la declaración del testigo son medios, mientras que el testigo es la fuente. Por su lado Guasp, dice que fuentes son las operaciones mentales de donde el juez obtiene su propia convicción.

El problema radica en precisar que se entiende por cada uno de estos conceptos²¹. En especial, para el proceso penal, pues en la etapa de investigación o preparatoria de juicio, se localizan fuentes de prueba, más no se realizan pruebas, con excepción de la prueba anticipada.

Dice Montero Aroca²² que fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero si puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. En el proceso se discuten son hechos del pasado.

En este sentido se puede decir que fuente de prueba es el instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que se va a intentar reconstruir en el proceso²³. Puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Vale decir que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral.

²¹ En los países que tienen habla inglesa —sistema anglosajón-, se disponen de términos distintos para designar estos diferentes conceptos, por ejemplo, el resultado probatorio (proof), la prueba disponible (evidence). Cfr. TARUFFO, Michele (2002), La prueba de los hechos, Madrid: Editorial Trotta, pp. 438-452.

²² MONTERO A., J. (1998). La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid, p. 137.

²³ MUÑOZ SABATE, Luis (2006), —Práctica y Derecho Probatorio”, en XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, p. 479.

5.3 ELEMENTOS Y MEDIOS DE PRUEBA

El elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los hechos. El medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Otro aspecto a destacar está relacionado con la existencia, a través del concepto de medios de prueba, de un procedimiento para la incorporación de los elementos de prueba al proceso que debe respetar un conjunto de garantías y que tienen que ver con su licitud.

Así pues los medios de prueba son un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está protegido por ciertas garantías y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juez para lograr el conocimiento de los hechos. Este control es necesario por dos razones: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juez se base en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o mera fiabilidad; por otro lado, para asegurar que los elementos que el juez ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento hayan sido producidos con respeto de las garantías constitucionales y legales.²⁴

En conclusión, son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos, que es pertinente al proceso que se adelanta.

²⁴ SALAS BETETA, Christian. La prueba en el nuevo código procesal penal

Ahora, al referirnos al medio de prueba, nos debemos de referir en plural, puesto que no es una sino varias las clasificaciones de los medios de prueba a los que se hace alusión en la doctrina. Bentham, en su tratado sobre los medios de prueba, señala que es imposible aludir a una sola clasificación de los medios de prueba, sosteniendo que cualquier propuesta debería contemplar no sólo los medios de prueba conocidos hasta el momento sino los que aun están por venir y en atención a que la significación de cada medio de prueba es lo suficientemente distinta de cada una, las diversas especies deben ser marcadas con significaciones apropiadas.

Por otra parte, surge el dilema en torno a si debe clasificarse a las fuentes de prueba, los medios de prueba y bien si la clasificación debe recaer sobre la prueba en sí, de ahí que algunos autores como Sentís Melendo, consideren inútil en términos prácticos una clasificación, en virtud de su nula repercusión en el proceso.²⁵

En el sentido y alcance del término "fuente de prueba", "medio de prueba" y "prueba", la clasificación tiene su origen en las fuentes de prueba, éstas existen antes del proceso, por ejemplo: cuando en las leyes procesales se señala "será admitido como medio de prueba todo aquello que sea ofrecido como tal", esto nos orilla a deducir que todo lo que se ofrezca como medio de prueba y sea admitido no constituye por ese hecho actividad probatoria, sino sólo una fuente de prueba.

Así las cosas, cuando en la doctrina se hace mención a medios de prueba, se esta haciendo alusión a todo aquello que sea ofrecido como tal mientras no sea contrario a la moral, al derecho, o a las buenas costumbres; debe quedar claro entonces que en estos casos se está pensando en las fuentes de prueba no obstante que se utilice el término medios.

²⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

La clasificación más tradicional de las fuentes de prueba es la elaborada por Bentham²⁶ quien consideraba existen ocho posibles clasificaciones:

a) Primera: contempla a los medios de prueba personales y reales, las primeras son aquellas aportadas por el ser humano y las segundas son generalmente deducidas del estado de las cosas.

b) Segunda: medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales, el testimonio se aplica al "hecho principal", la testimonial es el más claro ejemplo de ésta, la circunstancial se refiere a objetos o bien vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio.

c) Tercera: medios de prueba voluntarios y medios de prueba involuntarios, la primera se refiere a aquella llevada al juzgador a la primera solicitud o sin necesidad de solicitud judicial, sin la amenaza o bien sin necesidad de ninguna medida coercitiva.

d) Cuarta: medios de prueba por práctica (*deposition*) y medios de prueba por documento, este carácter dependerá de la producción de éstos, si surgen como consecuencia y durante el proceso o bien de manera independiente y sin la intención de utilizarlos en él.

e) Quinta: medios de prueba por documentos ocasionales y medios de prueba por documentos preconstituidos, el más claro ejemplo de los primeros son la correspondencia personal, la agenda personal, el diario o cualquier otro documento análogo que no se haya realizado por el autor con la manifiesta intención de utilizarla en un proceso judicial. Por otra parte, si los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con el objetivo de ser destinado

²⁶ BENTHAM, Jeremy. Tratado sobre los medios de prueba, pp. 12-15

posteriormente en un proceso, entonces recibe la denominación de medios de prueba preconstituidos.

f) Sexta: medios de prueba independiente de cualquier otra causa y medios de prueba dependientes (*borrowed evidence*), si se refiere a una declaración judicial rendida en el mismo país o bien en otro, bien pueden ser denominados medios de prueba dependientes.

g) Séptima: medios de prueba originales y medios de prueba derivados, el testimonio sería un medio de prueba original, siempre y cuando sea un testigo presencial y directo de los hechos, pues en caso contrario estaríamos ante medios de prueba derivados. La misma suerte resulta aplicable a los documentos originales y las copias fotostáticas.

h) Octava: medios de prueba perfectos y medios de prueba imperfectos, con la aclaración previa de que la perfección absoluta no es dable de conseguirse ante la imposibilidad de evitar el error de manera plena, debe mencionarse que en esta clasificación la perfección a la que se alude es relativa, en atención a la ausencia de imperfecciones de las que humanamente es posible identificar. Existen medios de prueba imperfectos por naturaleza, cuando por ejemplo la mente de un testigo lo imposibilita a declarar con apego a la verdad y, por otro lado, existen medios probatorios imperfectos en la forma cuando no se respetan las formalidades a seguirse para tomar la declaración de un testigo.

Por otra parte, otros autores han realizado clasificaciones de las fuentes de prueba, tal es el caso de Gómez Colomer y Fenech, para quienes existen medios de prueba personales, reales²⁷ y materiales.

Finalmente, para García Ramírez²⁸, existen:

²⁷FENECH, Miguel. El proceso penal. Madrid: Egesa, 1978, pp. 100-101. En el mismo GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona, España: Bosch, 1985

a) **Artificiales:** creaciones del artificio o de la lógica, tales como la deducción o la presunción, y, naturales, son las probanzas que se traducen o representan una concreta e histórica realidad (testigos y documentos).

b) **Pruebas de cargo:** tienden a comprobar la inculpación, en tanto las de descargo sirven para exonerar al reo.

c) **Genérica:** demuestra la existencia del delito y, específica, acredita a los participantes en el ilícito.

d) **Directa:** en la que el hecho a comprobar puede ser advertido por los sentidos, e, indirecta, en la que no existe relación inmediata entre la prueba y el hecho a probar, sino que éste se esclarece con auxilio de una cadena de inferencias (indicio).

e) **Histórica:** es la que reproduce el hecho que se trata de probar, y, crítica, es la que permite deducir la existencia de tal hecho o su inexistencia.

f) **Personal:** recae sobre seres humanos, y, real, que recae sobre cosas u objetos.

g) **Preconstituidas:** se preparan antes del proceso para acreditar oportunamente los hechos; en el derecho romano se hablaba del apoderamiento de animales u objetos que llevasen las personas que se introducían en el fundo ajeno o que conducían a los animales que efectuaban ese allanamiento, la posesión tenía un propósito probatorio. La prueba constituyente se produce una vez surgido el proceso.

Como puede apreciarse, las anteriores clasificaciones toman claras bases en los postulados de Bentham, propuestos en la segunda década del siglo XIX, época desde la cual se planteaba que podrían realizarse tantas clasificaciones como ópticas o puntos de vista desde los cuales se analicen las fuentes de prueba, la

²⁸GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho procesal penal. México: Porrúa, 1974. p. 287 - 288

eficacia procesal de estas clasificaciones nos parece nula, pues no cobra mayor relevancia, sino que sólo le encontramos utilidad para efectos meramente docentes

5.4 MOMENTOS DE LA PRUEBA

Para poder establecer cuál es el momento más apropiado para evaluar la pertinencia probatoria, debemos, en primer lugar, delimitar dicho concepto.

Las definiciones que sobre este punto brinda la doctrina distan de ser homogéneas y lo mismo sucede con los ejemplos que le suelen acompañarlas.

Allí es donde comienza a vislumbrarse cierta oscuridad en el tema en razón de que, lo que para algunos es un supuesto de impertinencia, para otros es la inadmisibilidad, o bien, se indica .que en ciertos casos la impertinencia es un supuesto de inadmisibilidad.

Todo ello, no colabora a tener una visión clara sobre estos aspectos de la prueba. No solo es la pertinencia, sino también de las restantes nociones que se entremezclan.

Para Montero Aroca²⁹ la pertinencia viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto. Es preciso que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso, o por lo menos, con el objeto del debate³⁰.

Para este autor la pertinencia atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los hechos de prueba que se propongan.

²⁹ MONTERO AROCA, Juan. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Tema 25. Disponible en: www.academiaderecho.org

³⁰ Objeto de la prueba para Montero Aroca es el tema o necesidad de prueba para Devis Echandía y Álvaro Velloso

De allí que sean inadmisibles: 1) los medios que se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación; 2) los medios de prueba que se propongan con el fin de probar hechos que no afecten al posible contenido del fallo de la sentencia; lo que la jurisprudencia suele expresar diciendo que los hechos de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes; 3) por último, la pertinencia de los medios de prueba ha de ponerse en relación con los hechos cuya verificación no esta permitida por la ley. Los supuestos de exclusión de hechos no son numerosos, pero sí complejos.

En el mismo sentido Devis Echandía³¹ afirma que la pertinencia completa la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio a la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación penal, o con el incidente si fuera el caso.

Fassi y Maurino³², en cambio, expresan que la pertinencia de la prueba es la adecuación entre los datos que ésta tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. —Es decir, una relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio por probar”.

Y advierten que no debe confundirse el concepto de pertinencia de la prueba con el de “hecho pertinente”

De igual modo, Arazi³³ ha distinguido la pertinencia de los hechos, de la pertinencia de la prueba. En los dos supuestos se quiere significar que se trata de medios idóneos para lograr el fin perseguido.

La prueba es pertinente cuando se refiere a hechos que han sido articulados por las partes en sus escritos respectivos; de no ser así ella no conduciría a ningún resultado valioso, ya que el juez no puede tener en cuenta hechos no alegados.

³¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 159

³² FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L. Código Procesal Civil y Comercial, comentado anotado y concordado, Tomo III, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 396

³³ ARAZIN, Roland. La prueba en el proceso civil, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 1986, p. 112

La prueba es inadmisibile cuando fuere notoriamente improcedente o surpeflua, o meramente dilatoria, como la que procura acreditar hechos cuya investigaci3n est3 prohibida por la ley, o que est3n exentos de prueba.

La prueba impertinente o inadmisibile puede ser desestimada por el juez en el momento de ser ofrecida, impidiendo su producci3n. Pero esta facultad judicial debe usarse con mucha prudencia, ya que muchas veces la importancia de la prueba surge cuando est3 se ha producido.

Por otro lado, Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso explican que, por pertinencia, debe entenderse la adecuaci3n entre los datos que la prueba tiende a proporcionar y los hechos que se intenten probar.

Para ellos, el concepto de impertinencia incluye tambi3n aquellas pruebas mediante las cuales se intenta demostrar la existencia de un hecho admitido o inconducente para la resoluci3n del litigio.

De Santo, en cambio, ha referido que la pertinencia es uno de los requisitos de fondo de la prueba, en tanto 3sta tendr3a requisitos de fondo y forma.

Los primeros se refieren al contenido del medio probatorio; lo que 3l relata o se3ala, o hace presente al juez³⁴

La pertinencia se vincula con la adecuaci3n entre los datos que 3sta tiende a proporcionar y los hechos sobre los cuales versa el objeto probatorio³⁵.

Para este autor la conducencia y la pertinencia del medio se examinan previamente a su aceptaci3n u ordenamiento por el juez, pero en el momento de valorar ese medio para dictar sentencia, debe revisarlas nuevamente para negarle m3rito o valor a la prueba, si no re3ne ambos requisitos.

³⁴DE SANTO, V3ctor. El proceso civil, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires 1982, p. 670

³⁵DE SANTO, V3ctor. La prueba judicial, Editorial Universidad, 3^a Edici3n, Buenos Aires, 2005.

6. PRUEBA ILICITA

6.1 PRUEBAS PROHIBIDAS POR LA LEY

Toda prueba ilícita es una prueba prohibida, por cuanto el juez o tribunal le está vedado su admisión y valoración como elemento probatorio. La prohibición haría referencia a las consecuencias que derivan de la ilicitud. Las prohibiciones probatorias pueden proceder de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma que aún no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría prohibida toda actuación o práctica de prueba que viole tales derechos fundamentales. Nos encontramos, en este caso, ante lo que podríamos llamar prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no especificadas expresamente como tales en la ley³⁶. Dentro de las prohibiciones probatorias recogidas específicamente en la ley, se suele distinguir entre prohibiciones legales de carácter general y prohibiciones de carácter singular, según las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado.

6.1.1 Prohibiciones que afectan la materia objeto de investigación o de prueba

La doctrina suele mencionar como ejemplo típico aquellas materias clasificadas de —secretas” o —reservadas”, como sucede en los secretos oficiales.

Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba

Resulta totalmente inadmisibles la utilización de cualquier medio o procedimiento que tienda a limitar la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado o acusado. La prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos o

³⁶ De Marino, 1983, p. 613.

degradantes supone la ilicitud de todo tipo de conductas o normas que impliquen o permitan una actuación de este corte por cualquier poder del Estado.

La prohibición implica a cualquier medio de investigación o medio probatorio, que de algún modo anule, limite o disminuya la libertad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite una declaración; aun contando con su autorización. De ahí que se pueda concluir que en el marco del actual proceso penal tanto la hipnosis como el narcoanálisis e incluso el detector de mentiras son métodos de investigación prohibidos.

Para realizar los interrogatorios de las personas acusadas de un hecho delictivo no se puede utilizar, ni siquiera con la autorización de la persona interesada, métodos o técnicas susceptibles de influir sobre la libre determinación de la persona o que alteren la capacidad de recordar o de valorar la trascendencia del hecho. En todos los supuestos de prohibiciones legales, la inadmisión e ineficacia de la prueba derivada de la infracción de la propia norma jurídica que establece la prohibición.

6.1.2 Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba

a) La prueba testifical: los testigos-pariente

El testigo pariente no podrá ser obligado a declarar, pero nada impide que pueda hacerlo voluntariamente, en cuyo caso sus manifestaciones podrán ser valoradas a efectos probatorios. El fundamento del secreto familiar como una mera facultad o derecho y correlativamente como inexistencia de un deber de declarar, que asiste al testigo y no como una verdadera prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente-testigo, pero a su vez actúa como prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del pariente testigo, pero a su vez actúa como prohibición de requerir testimonio dirigido al Juez. Por otro lado en aquellos casos en que el juez requiere al testigo-pariente para que preste

declaración sin advertirle de este derecho que le asiste su testimonio no será válida y no podrá ser utilizada como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita. En conclusión, si la declaración del testigo-pariente tiene lugar, sin que previamente haya sido informado de la no obligación de declarar, sus manifestaciones no podrán ser utilizadas como elemento probatorio.

6.2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA DOCTRINA

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista bastante de ser semejante. usualmente se manejan indiscriminadamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina.

Lo que no solo significa que exista una discrepancia, todo depende del contexto territorial del que se trate y al pensamiento jurídico del autor dedicado a este tema.

Se comienza a hablar de prueba prohibida solo hasta 1903³⁷ con el alemán Ernest Beling, cuando publico ~~los~~ "límites de la averiguación de la verdad en el proceso penal" allí el autor expuso una distinción entre prohibiciones de temas de prueba siempre que existan hechos que no puedan constituir objeto de indagación probatoria, entre prohibición de medios de prueba cuando lo inadmisibile se fundamente en el medio probatorio y entre prohibiciones de método de prueba significando esta la restricción de utilizar ciertos medios en la recolección de la prueba.

³⁷CABRERA ZEGOVIA, Juan Carlos. Algunos apuntes doctrinarios sobre la prueba y la prueba prohibida, quien cita a ASECIO MELLADO, José María: La Prueba Prohibida y Prueba Pre constituida, Trivium, Madrid, 1989, p. 81-82.

Así como en Alemania también en Italia se da la discusión con Florian, al estudiar este problema pero desde las limitaciones al principio de libertad probatoria en materia penal, esto significa según Florián que todo hecho puede ser probado por cualquier medio de prueba, existan limitaciones absolutas que se refieren al objeto de la prueba o relativas que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido también en él la valoración de la prueba.

Sin embargo, en España en la obra *–El Derecho a la prueba en el proceso civil–*, el autor Picó Junoy sostiene que los términos prueba ilícita y prohibida no son excluyentes, siendo este último, un concepto que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita admite, esto es la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.³⁸

No obstante, sobre la prueba ilícita y a saber que es imposible llegar a una unificación de concepto se puede decir que la prueba ilícita, encuentra su fundamento, pues existen pruebas que son marcadamente lícitas, pero su obtención es consecuencia de mecanismos ilícitos, habrá otras veces que hay pruebas absolutamente ilícitas y serán claramente prohibidas.

Pero en todos los casos hipotéticos que se puedan dar, según explica López Barja de Quiroga, siempre que se aborde este tema, se esta haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal.³⁹ Así mismo en la doctrina podemos encontrar además de los citados otros autores que también intentan dar una definición a la prueba ilícita, es el caso de Monton Redondo, que concibe a la prueba ilícita como aquella que se encuentra vulnerada por una conducta dolosa en cuanto a la forma en la que fue obtenida, violando el ordenamiento jurídico en general. Por otro lado Devis Echandía⁴⁰ dice que solo se puede hablar de prueba ilícita siempre que estén expresa o

³⁸ PICÓ JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. José Ma. Bosch, Barcelona, 1996

³⁹ LOPEZ-BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal Madrid, 1989

⁴⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Colombia, 1987.

tácitamente prohibidas por la ley o atenten contra la moral y las buenas costumbres o contra la dignidad humana y la libertad. Pero sobre todo que violen los derechos fundamentales

En consecuencia la prueba ilícita no es más que aquella que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, es decir que se obtenga con la vulneración de los derechos consagrados en la carta política.

La finalidad de privarle efectos jurídicos a la prueba ilícita en el proceso penal radica en la necesidad del respeto de las garantías constitucionales; es decir que el objetivo perseguido es la transparencia del proceso penal, que no se vea contaminado con la recepción de elementos logrados por medio del quebrantamiento de garantías constitucionales.⁴¹

Veamos algunas definiciones:

Es cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción⁴²

Pruebas ilícitas son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso penal por medio de una transgresión a una norma constitucional o procesal.⁴³

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a las formas de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.⁴⁴

⁴¹EDWARDS, C (2000) La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina

⁴²JAUCHEN, E (2002) Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

⁴³DEVIS ECHANDIA, Hernando. Pruebas judiciales. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín

⁴⁴MONTÓN REDONDO, A (1977). Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. Salamanca, España.

Se definen las pruebas ilícitas como aquellas que está expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad o libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.⁴⁵

Es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de pruebas ilícitas a las obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales. Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubieren violados un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba.⁴⁶

El concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; el investigador si se vale de un medio ilícito para lograr la prueba, como por ejemplo cuando obtiene la confesión del hecho, por parte del imputado, bajo apremios o tormentos, o cuando se allana un domicilio sin orden judicial. Así la ilegalidad puede derivar de: a) La prueba en si misma está prohibida; b) La prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito.

En el primer supuesto está en presencia de una medio de prueba que directamente se encuentra vedado por el ordenamiento procesal, como por ejemplo la interceptación de comunicaciones entre el imputado y su defensor técnico; en estos casos la ilegalidad de ésta prueba surge por esta prohibida en la ley procesal penal. En cambio en la segunda hipótesis la prueba está permitida por el ordenamiento procesal; sin embargo el método para obtener ese medio de prueba resulta ilícito. Los códigos procesales autorizan el registro domiciliario cuando existen fundadas sospechas de que en un determinado lugar se encuentra el imputado o cosas relacionadas con el delito que es necesario; es decir que el allanamiento es una prueba autorizada.

⁴⁵DEVÍS ECHANDÍA, Op. cit., tomo 11, p. 539

⁴⁶GONZÁLEZ, J. L. (1990). La prueba obtenida ilícitamente obtenida con violación de los derechos fundamentales, núm. 1.

No obstante, para practicar un allanamiento las leyes procedimentales exigen el cumplimiento de ciertas formalidades como puede ser una orden judicial para el registro domiciliario, salvo de que se trate de algunos supuestos de urgencia en los cuales se puede prescindir de dicha orden. El allanamiento será ilegal y por ende también el secuestro de los elementos convictivos, cuando se carezcan de la autorización judicial y no se trate de una supuesta excepción. En éste caso la ilegalidad deviene no del medio de prueba en sí mismo, sino del método para obtener esa prueba.

Dos criterios respecto al alcance de la prueba ilegal: a) la regla de exclusión; y b) la doctrina del fruto del árbol envenenado. La regla de la exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida con violación de garantías constitucionales; la doctrina del fruto del árbol venenoso indica que no sólo se excluirá del proceso penal aquella prueba obtenida directamente de manera ilegal, sino también las pruebas que deriven, aún directamente de la primera ilegalidad⁴⁷.

6.3 APROXIMACION AL CONCEPTO DE PRUEBA ILICITA EN LA JURISPRUDENCIA

Así como en la doctrina la terminología ha sido bien discrepante, no hay una unificación en el significado y en el alcance que tiene tal concepto. En sentencia de Yesid Ramírez Bastidas⁴⁸ de julio de 2008 se dice que el artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que —es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal. Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las

⁴⁷ EDWARDS, C. (2000). La prueba ilegal en el proceso penal. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina. P. 14 -16

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de julio de 2008, MP. Yesid Ramírez Bastidas

personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, 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.

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.

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.⁴⁹

Dada la importancia de la prueba dentro del proceso, así como la importancia de la declaratoria de nulidad para el restablecimiento de la legalidad y legitimidad del mismo, el magistrado Jaime Araujo Rentería en el salvamento del voto en Sentencia C-884/07⁵⁰ no encuentra sostenible la tesis que afirma que se puede llevar a cabo un proceso sobre pruebas ilícitas y sin embargo no declarar nulo de pleno derecho el proceso mismo, por el hecho de que existan también otras pruebas lícitas dentro del mismo proceso, declarando sólo la nulidad de la prueba ilícita. Por el contrario, el doctor Araujo ha sido siempre de la opinión de que una sola prueba contamina o vicia todo el proceso de nulidad de pleno derecho, tesis que ha sido denominada de manera figurativa como —el fruto del árbol envenenado”, aduciendo a que un árbol ya envenenado no puede producir de

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de Marzo de 2005, radicado 18.103

⁵⁰ Ver Sentencia C – 884 de 2007 M.P Jaime Córdoba Trivillo.

ninguna manera frutos sanos sino que todo él está envenenado junto con todos sus frutos, como acaece en los procesos donde existen pruebas ilícitas.⁵¹

De esta manera, considera contraria al concepto mismo de Derecho y de Estado de Derecho la tesis según la cual cuando existen pruebas ilícitas dentro de un proceso se puedan excluir dichas pruebas como nulas de pleno derecho pero sin embargo se deje en pie el proceso mismo y siga siendo considerado como válido. En forma contraria a esta postura, considera que la prueba ilícita no tiene ningún efecto jurídico y vicia de nulidad todo el proceso dentro del cual se haya efectuado o practicado. De esta manera, según la tesis del fruto del árbol envenenado, basta la existencia de una sola prueba ilícita para viciar de nulidad de pleno derecho a todo el proceso penal.

En este orden de ideas, insiste el magistrado en que el Estado se legitima en la medida en que se diferencia del delincuente, y por tanto no se puede permitir dentro del marco del Estado de Derecho la validez de la prueba ilícita o del proceso montado sobre la base de dichas pruebas ilícitas, por cuanto el Estado está legitimando prácticas ilegales dentro de su actuar que debe ser siempre ajustado al Derecho y a la justicia, y por tanto por esta vía termina deslegitimándose, desvirtuando su actuar y su razón de ser, así como contraviniendo sus valores, principios y derechos, los cuales constituyen el presupuesto normativo del Estado constitucional de Derecho.⁵²

En la sentencia SU-159 de 2002⁵³ que tiene por Magistrado Ponente al Doctor Manuel José Cepeda Espinoza. Se indaga la esencia de la Regla Constitucional de Exclusión. Enfatiza esta sentencia dos importantes fuentes jurídicas de exclusión, la prueba inconstitucional y la prueba ilícita, de las que se predica relación de género y especie, la prueba ilícita es el género y la prueba inconstitucional es la especie, debido a que en teoría general de la prueba, la prueba ilícita es un concepto amplio al entenderse por tal la obtenida mediante

⁵¹ ibíd.

⁵² ibíd.

⁵³ Ver Sentencia SU – 159 de 2002 M.P Manuel José Cepeda Espinoza

violación de los requisitos legales, o que atenta la moral y buenas costumbres o viola los derechos fundamentales de la persona. Como sanción, dispone la declaración de nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita, nulidad, que solo se aplica a la prueba ilícita y no a todo el proceso ya que la contaminación de una prueba no se comunica necesariamente al conjunto del proceso puesto que –al contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al acervo probatorio” , salvo, que esa prueba haya sido la única o la más importante tomada en cuenta por el juez al momento de proferir el fallo, caso en el cual se sigue la nulidad del proceso⁵⁴.

Es importante resaltar que las razones para la admisibilidad de la prueba ilícita son discrecionales, dependen exclusivamente del juez, pues hay que partir del punto que no todo derecho es fundamental y que dentro de los derechos fundamentales hay una valoración de estos que constituyen a unos como absolutos y a otros como relativos, logrando estos últimos, ceder ante el bienestar general siempre que no atente contra los límites de tolerancia individual. Es así como advierte el artículo 29 de la Constitución Política la regla de exclusión al expresar –al prueba obtenida con violación del debido proceso” definiendo en que momento se torna ilícita la prueba, en el instante mismo que se atente contra debido proceso, ya que de no ser así la actuación del estado se reduciría al solo hecho de respetar los derechos individuales mientras se podría encontrar en peligro el bienestar general. Advirtiendo claramente que dichas actuaciones no atenten contra la esencia y naturaleza de la persona.

En la ley 906 de 2004, se ordena que el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria resuelva si excluye o admite la prueba, en caso de excluirla y ser apelada esa decisión y ratificarse por el superior, la prueba no ingresa al juicio oral; si admite la prueba el juez de conocimiento y la practica en la audiencia oral y se llega a la conclusión que es ilícita, el juez debe excluirla.

La corte en cambio es de la tesis que ha sido formulada en los términos de que no obstante que la prueba ilícita es nula de pleno derecho y por tanto debe ser

⁵⁴ ibíd.

excluida del respectivo proceso, so pena de configurarse una vía de hecho judicial, caso en el cual procede la vía tutelar para restablecer los derechos fundamentales; la exclusión de la prueba ilícita puede ocurrir en algunos casos sin perjuicio de que el proceso en sí mismo tenga que ser declarado nulo, en aquellos casos en que la prueba ilícita declarada nula no haya sido esencial o fundamental en la decisión judicial adoptada por el juez. En otros términos: discrepa de la tesis según la cual se puede montar un proceso con pruebas ilícitas y lícitas y que el proceso sigue siendo válido siempre y cuando la decisión se fundamente en éstas últimas.

6.4 FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

Cuando hablamos de un Estado de Derecho⁵⁵, nos referimos a un Estado sometido al total imperio de la ley, la cual, dentro del ámbito nacional, tiene como norma suprema a la Constitución Política. Según esta, en su artículo primero, Colombia se constituye como un Estado social de derecho. De este modo todo el ordenamiento jurídico está sujeto a los principios que de la Carta Política emanan y debe respetar los derechos fundamentales que en ella se consagran y que encuentran su aplicación y desarrollo en las demás normas.

Todos estos lineamientos como se enmarcan en todos los espacios procesales en los que intervienen la sociedad colombiana, es así como el sistema judicial se caracteriza por dar especial aplicación a los principios constitucionales. Es importante enfatizar que de todas las ramas del derecho, es en el derecho penal donde mayor relevancia adquiere el respeto de todas las garantías constitucionales señaladas en la carta, porque es aquí donde se encuentran comprometidos todos los derechos fundamentales, ya que el objeto de este es la protección del interés público y la defensa de los derechos individuales y

⁵⁵ Constitución política de Colombia Art 1º -Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

colectivos, castigando las conductas que lo lesionen gravemente o los pongan en peligro.

Como se expuso anteriormente, la prueba ilícita tiene una apreciación jurídica importante, que dice que es inadmisibles la prueba que provenga de una violación de derechos y garantías a la persona, es así como el estado prefiere renunciar a conocer la verdad cuando esta solo se pueda obtener torturando o coaccionando moralmente a una persona, y esto porque el Estado consagra una cláusula de seguridad jurídica y debido proceso en su constitución y por lo tanto no puede valerse de medios ilegales e ilegítimos para condenar; medios tales como violación al secreto de correspondencia o trasgresión al derecho a la integridad física de las personas, o que para obtener pruebas incriminatorias sobre un imputado se viole su derecho a la intimidad, o su derecho a la inviolabilidad de domicilio, pues solo el Poder Judicial es el órgano que está llamado a aplicar el Derecho y a proteger los derechos de las personas y el momento en que la Administración de Justicia haga lo contrario estarían legitimando la ilegalidad, y si el Estado no puede obedecer sus propias leyes no hay ninguna razón para que la sociedad las obedezca.

El fundamento podría resumirse en lo que advierte el autor Jorge Zavala Baquerizo⁵⁶ "Si el Estado aceptara combatir la delincuencia fundando en la comisión de delitos por parte de los encargados de luchar contra los mismos y sus autores, llegaría un momento en que no habría diferencia entre los delincuentes, pues unos (los funcionarios violadores de la ley) perseguirían a otros (los acusados), estos es, sería un círculo vicioso, pues, a su vez, habría que perseguir a los originales perseguidores para imponerles una pena. Y con ello la delincuencia extiende su campo de acción al desaparecer los "buenos" para aumentar los "malos".

⁵⁶ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil – Ecuador, 2004

7. REGLA DE EXCLUSION

7.1 LA REGLA DE EXCLUSION: TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL VENENOSO

Toda prueba obtenida mediante la violación de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no sólo a la prueba en sí, sino la fruto de la misma. Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva, si se le da validez al fruto de la violación constitucional.

Doctrinariamente se habla de la doctrina del fruto del árbol venenoso y la regla de la exclusión. Según la regla de exclusión no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en un procedimiento.

La doctrina internacional ha ido introduciendo algunas excepciones a la regla general de exclusión de pruebas derivadas. Entre estas podemos encontrar, i) la excepción de atenuación, que afirma que el vínculo prueba derivada - prueba principal es muy débil y por lo tanto no afecta el debido proceso; ii) la excepción de la fuente independiente, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es uno completamente diferente al que dio lugar a la obtención de la prueba principal; iii) la excepción del descubrimiento inevitable, en virtud del cual la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía; iv) la excepción del acto de voluntad propia, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal.

La doctrina del fruto del árbol envenenado, que prima en el sistema norteamericano cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resulten consecuencia de este. Así se prohíbe valorar todas las pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida. Esto fue consagrado en el caso "Silverthorne Lumbre Co. Vs United States"⁵⁷ por la Corte de los Estados Unidos en el año 1920. Fue en 1939 con el caso "Nardone vs. United States" donde la corte utilizó por primera vez la expresión "fruit of the poisonous tree", en la oportunidad el Juez Frankfurter determinó que la no-exclusión de la prueba mediata podía significar fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal.

Si ha de evitarse todo efecto en el proceso de los materiales probatorios o informaciones que han sido obtenidos de modo irregular, igualmente deberá expulsarse la admisión de informaciones o materiales obtenidos gracias a la previa irregularidad acaecida.

En Chile una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua asume esta teoría al señalar que "...siendo declarada ilegal una detención, toda la prueba obtenida en razón de dicho acto es ilícita, por obtenerse con inobservancia de garantías constitucionales, debiendo quedar excluida del juicio oral, corriendo igual destino los elementos probatorios que se hayan obtenido en forma derivada..."⁵⁸

En igual sentido la Corte Suprema ha señalado: "Que el recurso en esta parte mira más allá aún. Partiendo de la base de la ilicitud de la prueba inicial, siguiendo la doctrina de los "frutos del árbol envenenado" que pretende que se le dé el mismo trato a la prueba obtenida posteriormente por la policía investigadora del delito que hasta el momento se ha hecho. Sin embargo, estos magistrados no concuerdan en ello. En efecto, como ya se ha dejado establecido, el resto de los elementos probatorios fueron logrados cuando el hecho ya se había válidamente

⁵⁷Ver. Silverthorne Lumber Co., Inc v. United States. 251 U.S. 385 (1920)

⁵⁸CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, Sentencia de 14 de junio de 2007, Rol N° 216-2007

judicializado, cuando se encontrada controlada la actividad policial por un Juez de Garantía competente, y obrando además bajo las órdenes e instrumentos legales correspondientes. En tal caso no se percata la derivación directa de este actuar con la anterior, por ende, no puede ser esta una razón más para considerar vulneradas las garantías constitucionales y legales del imputado"⁵⁹.

A criterio de Ordóñez esta tesis de causalidad de los elementos de prueba ilícitos que la jurisprudencia norteamericana ha denominado como "tesis del fruto del árbol envenenado", ha sido asumida por parte de la doctrina internacional (como J. Maier, J.I. Cafferata, De Marino), como "regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente".⁶⁰

Finalmente hay que señalar que se debe considerar a la doctrina del fruto del árbol envenenado como una extensión de la regla de exclusión.

7.2 REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En España el año 2000 el legislador incorporó la regulación sobre la prueba ilícita. Así el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, señala que "cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. Al efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extrema de la referida ilicitud"⁶¹. Agrega la norma que la resolución que la resuelve

⁵⁹CORTE SUPREMA DE CHILE. Sentencia de 11 de junio de 2007, Rol N° 1. 836-2007.

⁶⁰ORDOÑEZ, María Victoria: "Presentación de la prueba en Materia penal" [en línea] Disponible en: <http://www.emagister.com/presentación-prueba-penal-cursos/983490.htm> (consulta: 04-04-2011)

⁶¹Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. ESPAÑA LEC 1/2000 de 7 de Enero de 2000. Artículo 287

no será reponible y que queda a salvo el derecho de las partes a impugnar la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Por su parte la Ley 36/1988 de 5 de diciembre (derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, sobre arbitraje) señalaba que "los jueces de primera instancia rechazarán fundadamente la práctica de pruebas contrarias a las leyes..."⁶²

La Ley de Procedimiento Laboral dispone que "las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley... salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas".⁶³

Por su parte la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado señala que "al personarse las partes podrán alegar la vulneración de algún derecho fundamental".⁶⁴

En los Estados Unidos no existe una norma como esa, dado que son los propios Tribunales de Justicia los que aplican la doctrina de la exclusionary rule, con las limitaciones señaladas precedentemente.

En el sistema británico no obstante tener un raigambre jurisprudencial observamos que Acto 1984 sobre Police and Criminal Evidence señala en la Sección 76 que si, "en algún proceso en el que la acusación propone producir prueba de una confesión hecha por quien es acusado, se pone de manifiesto ante el tribunal que la confesión fue o pudo haber sido obtenida: (a) por coerción sobre la persona que la efectuó; o (b) como consecuencia de algún hecho o manifestación que, presumiblemente, de acuerdo con las circunstancias, haga que no sea confiable la confesión; el tribunal no permitirá que sea presentada como prueba de cargo excepto en caso de que la acusación demuestre, más allá de toda duda razonable, que la confesión (aparte de que fuese o no verdadera) no fue obtenida de las

⁶² Ley 36/1988. España, Ley 36/1988 de 5 de diciembre sobre arbitraje. (derogada por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, sobre arbitraje). Artículo 44.

⁶³ Ley de Procedimiento Laboral, España. Aprobada por Real Decreto Legislativo -RDL- 2/1995, de 7 de abril de 1995. Artículo 90.1

⁶⁴ Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal de Jurado. España. Artículo 36

maneras descriptas⁶⁵. Y la Sección 78⁶⁶ (1) En cualquier proceso el tribunal puede rechazar pruebas en cuya producción se proponga basar la acusación si considera que, de acuerdo con las circunstancias, incluyendo las circunstancias en las que la prueba fue obtenida, su admisión tendría un efecto adverso para la ecuanimidad del procedimiento de tal magnitud que el tribunal no pueda permitirlo.

En Francia no existe mayor regulación en la obtención de la fuente de prueba siendo también la jurisprudencia la que ha establecido el camino para que no se practiquen en el proceso las pruebas cuya fuente ha sido adquirida de forma ilícita.

Por lo general, los países de "common law" hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien solo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955).

En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"- en la Sentencia. 34, de 1973, de la Corte Constitucional⁶⁷, y en la Ley 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que "... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado,

⁶⁵ Ver. Acto 1984 sobre Police and Criminal Evidence. Sección 76

⁶⁶ Ibíd, sección 78

⁶⁷ Ver Sentencia. 34, de 1973, de la Corte Constitucional Italiana

pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada".⁶⁸

En Italia sólo se regula respecto del proceso penal señalándose que la prueba adquirida en violación de las normas legales no podrá ser utilizada⁶⁹.

En Portugal es la Constitución la que prohíbe la práctica de prueba obtenida ilícitamente, así señala que "serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones"⁷⁰. Asimismo el Código de Proceso Penal establece específicamente que son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa a la integridad física o moral de las personas salvo los casos previstos en la Ley, son igualmente nulas las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida privada, el domicilio; la correspondencia y las telecomunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular.⁷¹

En Alemania la investigación de los delitos en el sistema de procedimiento penal es una actividad en donde el factor discrecionalidad tiene una gran importancia y donde los jueces utilizan un método de ponderación al momento de la exclusión de pruebas.⁷²

En Colombia la Constitución⁷³ establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida "con violación del debido proceso". Esta consagración de la regla de

⁶⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. "La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno". Revista Chilena de Derecho, vol. 34, No 3, pp. 457 – 474. 2007

⁶⁹ Código de Procedimiento Italiano. Italia. Artículo 191

⁷⁰ Constitución Política de la República de Portugal. Artículo 326

⁷¹ Código de Procedimiento Penal. Portugal. Artículo 126

⁷² CALDERÓN MONTENEGRO, Henry y BERDUGO SAUCEDO, Pedro. "La Regla de Exclusión Constitucional. Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio"

⁷³ Constitución Política de Colombia, Artículo 29:

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

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

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

exclusión probatoria conocida como regla de exclusión constitucional, donde el debido proceso constitucional se refiere a las normas que regulan el proceso penal y a las que regulan la limitación a cualquier derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional, etc. Por su parte la nulidad alude a la prohibición de dar cualquier efecto jurídico a las pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

En Argentina (Córdoba) el Código Procesal Penal se señala que "carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella"⁷⁴.

El artículo 19.3 de la Constitución Política de la República de Chile que en su inciso 5°, consagra como derecho fundamental el denominado "debido proceso", señalando que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado", agregando luego que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"⁷⁵.

Así en materia civil, el cuerpo legal actualmente vigente no se contempla una norma en este sentido. No obstante ello el artículo 6 del anteproyecto de Código Procesal Civil reconoce al Tribunal la facultad de dirigir el debate, ordenar la práctica de actuaciones judiciales y "admitirá la rendición de las pruebas lícitas, útiles y pertinentes ofrecidas (...)". Por su parte el artículo 27 número 6) reconoce dentro de las Facultades del Tribunal el "rechazar las pruebas ilícitas, las que recaigan sobre hechos de pública notoriedad como las manifiestamente

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 aleguen 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"

⁷⁴ Código de Procedimiento Penal de Córdoba. Argentina, artículo 149

⁷⁵ Constitución Política de la República de Chile, Artículo 19.3 inciso 5.

sobreabundantes, inconducentes e impertinentes". Finalmente el artículo 282 señala que el juez "debe ordenar fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que (...) hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales (...)"⁷⁶

Una interpretación amplia, sin embargo, nos llevaría a razonar que no obstante la ausencia de una norma expresa relativa a la prueba ilícita en el actual Código de Procedimiento Civil, podríamos igualmente por otra vía llegar al mismo resultado. Así, si entendemos que la prueba ilícita es aquella que vulnera las garantías constitucionales, es perfectamente posible que en sede civil se pueda coaccionar a un testigo para obtener su declaración. Sin embargo, en este caso los derechos fundamentales que pueden verse afectados por la actividad probatoria pueden situarse comúnmente en la esfera de la intimidad y dignidad, en sus manifestaciones constitucionales de protección de la vida privada e inviolabilidad del domicilio y posibles atentados o amenazas a la integridad física y psíquica de las personas. Si en el afán de las partes de procurarse probanzas se vieran afectadas las garantías constitucionales señaladas, el juez estaría en condiciones de no aceptar la prueba por ilícita.

Por su parte, con la dictación del Código Procesal Penal en el año 2000, la situación cambia toda vez que este cuerpo normativo contiene varias normas y todo un sistema para conseguir la plena vigencia de los derechos fundamentales durante la tramitación del proceso penal, alcanzando en particular a la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En materia constitucional la presunción de inocencia exige que la condena se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales, que contengan suficientes elementos inculpatorios respecto a la participación del imputado en los hechos delictivos sometidos a la resolución del tribunal, que formen convicción en éste último sobre la responsabilidad del acusado en el delito, posibilitando su condena. Ello obliga al órgano jurisdiccional

⁷⁶ Anteproyecto de Código Procesal Civil. Diciembre de 2006.

a no recibir las pruebas de carácter antijurídico y en violación de derechos fundamentales por la posición preferente que ellos ocupan en el orden constitucional y su condición de derechos inviolables, lo que genera la nulidad de todo acto violatorio de tales derechos. Ello constituye una garantía objetiva del orden constitucional⁷⁷.

7.3 CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA REGLA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIÓN DE PRUEBAS

En la sentencia SU-159 de 2002⁷⁸ se fijan reglas a partir de las cuales es factible que se aplique la regla de exclusión, lo primero que se debe realizar es desplegar por parte del funcionario un análisis para determinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Una vez efectuado ese filtro inicial se debe proceder los siguientes términos.

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

⁷⁷CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA citada por NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". *Ius et Praxis*, 2005, vol.11, no.1, p.221-241.

⁷⁸ Ver Sentencia SU-159 de 2002 M.P Manuel José Cepeda Espinosa

Es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado Social de Derecho, busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, no podría funcionar bien la justicia si conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, lo que significa, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. El mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el operador jurídico de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

Es así como en la Sentencia SU-159 de 2002 se construyen las bases para comprender de mejor manera el tema relacionado con la ilicitud probatoria a través de la incorporación, según el citado pronunciamiento, de la teoría del fruto del árbol envenenado, posición que si bien se reafirma en el pronunciamiento contenido en la sentencia C-591 de 2005⁷⁹ en relación con la constitucionalidad de las normas de la ley 906 de 2004, que regulan la cláusula de exclusión, se podría afirmar que también señala que cuando se trata de pruebas que se hubieren obtenido mediante el ejercicio de conductas tipificadas como delitos de lesa humanidad, como la desaparición forzada, la tortura o la ejecución extrajudicial, la sanción se hace extensiva a todo el proceso, es decir, opera sin lugar a equívocos la teoría de la fruto del árbol envenenado.

No obstante, resulta importante señalar que los argumentos esbozados en el salvamento de voto suscrito por los Dres. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo y Rodrigo Escobar Gil, en relación con la Sentencia SU-159 de 2002⁸⁰, como

⁷⁹ Ver Sentencia C-591 de 2005 M.P Clara Inés Vargas Hernández

⁸⁰ Ver Sentencia SU-159 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa

también, el suscrito por el primero de los citados, en el salvamento de voto en relación con la sentencia C-591 de 2005, contienen elementos de gran importancia en razón a que se cuestiona, por parte de los disidentes, una inadecuada aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, puesto que los criterios citados por la Corte y posteriormente recogidos en la normativa penal en el artículo 455 de la ley 906 de 2004 lo que hacen es determinar que el Juez, frente a una prueba derivada de aquella que deviene en ilícita, pueda bajo determinadas circunstancias hacerle producir efectos jurídicos, quedando esa determinación a criterios eminentemente subjetivos que podrían conducir a verdaderas arbitrariedades, tal y como se reitera, quedó señalado en el salvamento suscrito por el Dr. Alfredo Beltrán Sierra en relación con la referida sentencia C-591 de 2005, cuyos apartes se indican a continuación:

De otra parte, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece que la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas instituida por el artículo 23 de esa ley y que la Constitución fulmina con la nulidad de pleno derecho, tendrá que considerar como criterios para que esa nulidad se decrete —el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

La Carta establece que las pruebas ilícitas son nulas de pleno derecho. No hace las distinciones que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 incluyó en su texto, sino que es rotunda al sancionar con la nulidad cualquier prueba ilícita. Adviértase, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo y, por ello, se abre un amplio campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria,

Como se puede ver por lo anteriormente señalado el problema central radica en determinar el grado de licitud que pueda tener una prueba obtenida de manera irregular y al respecto es preciso señalar que existen en Colombia precedentes jurisprudenciales que permiten afirmar que el tema de ilicitud probatoria no es del

todo novedoso y sí, por el contrario, refleja una permanente preocupación para definir los criterios a partir de los cuales debe brindársele el tratamiento que corresponda. Para esto es de vital importancia citar la sentencia del 22 de octubre de 1996, de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 9599 y magistrado ponente el Doctor Fernando Arboleda: “conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto que ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho fundamental (art. 15 C.N) como se dejó dicho. De procederse de esta manera, la prueba podrá nacer viciada (art. 29 C.N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas”.

7.4 LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES

En primer lugar podemos decir que estamos de acuerdo en que la verdad material no puede obtenerse a cualquier precio, lo que supone que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba queda limitado por los propios derechos y libertades fundamentales. En efecto, los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que tienen como sentido la defensa de los principios básicos y de una sociedad democrática, de ahí que se presenten como límite a la búsqueda de la verdad material.⁸¹

Entre las reglas que limitan la búsqueda de la verdad encontramos la de no admisión de pruebas ilícitas. Ellas pueden ser, según la opinión ampliamente reconocida en la actualidad, por un lado sólo prohibiciones de práctica de pruebas

⁸¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril), Valencia, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 2003, pp. 18 y 19.17

o sólo de aprovechamiento de pruebas. Pero también prohibiciones de práctica y de aprovechamiento de pruebas simultáneas, en vista de la estrecha comunicación que pueda existir entre ellas.⁸²

No existe unanimidad en conceptos básicos tales como la definición de prueba ilícita, irregular o prohibida, ni sobre el momento en el que se entiende realizada la violación que impide que esa prueba produzca efectos. Tampoco hay unidad de criterios en aspectos tan básicos como determinar si seguimos o no la doctrina norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado,. Igualmente, resulta oscuro el régimen de nulidad aplicable, una vez determinado el grado de ilicitud.⁸³

Utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa es un derecho de los ciudadanos, lo que pone de manifiesto la importancia que tiene la prueba para la administración de la justicia, se trate de un proceso civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o constitucional. Es doctrina consolidada la que sostiene que este derecho es instrumental o consecuencia directa de la defensa. Supone el derecho a que se admitan todos aquellos medios propuestos por alguna de las partes, que se respeten los límites inherentes a la actividad probatoria y los requisitos legales de proposición y de práctica. No obstante lo anterior, no se puede afirmar que se tenga derecho a que se admitan cualesquiera medios de prueba, sino sólo aquellos que se hayan obtenido de manera legítima, so pena de no ser valorados.⁸⁴

Como se dijo anteriormente, el derecho a probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Partiendo de este supuesto, la interpretación del concepto de prueba ilícita debe ser acotada sin perder de vista que el proceso es el medio de realización de la justicia y, por tanto, resultaría una

⁸² HEINZ GÖSSEL, Karl. "La prueba ilícita", Revista de Derecho Penal Garantías Constitucionales y nulidades procesales-I, en Donna, Edgardo Alberto (dir.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 34. 18

⁸³ MARTÍNEZ GARCÍA, Op. cit., nota 17, pp. 18 y 19

⁸⁴ Ibid, p. 23.20

contradictio in terminis que se admitiera la comisión de una injusticia de este tipo con el fin de lograr la justicia con mayúsculas.⁸⁵

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del derecho penal. Sin embargo, la posibilidad de admisión de esta prueba es aceptada en algunos casos y previo el cumplimiento de algunas condiciones. Esta necesidad se puede explicar por dos razones principales: la primera aparece cuando la prueba ilícita puede ser útil para proteger derechos y libertades fundamentales; en segundo lugar, también hay una fuerte presión para aceptar este tipo de pruebas, por ejemplo, cuando la opinión pública sostenida en los medios de comunicación y ante el aumento de la criminalidad, demandan del Estado mayor seguridad y que los delincuentes sean juzgados con la máxima celeridad. El primero de los supuestos tiene mayores posibilidades de tener éxito, pues sólo habría que discernir si los derechos fundamentales que se pueden proteger son de mayor importancia que los derechos que se verían afectados mediante la aceptación de la prueba ilícita. En cambio, la segunda hipótesis que tiene su origen en motivos de seguridad pone una fuerte presión en el sistema garantista de cualquier Estado ya que todo el corpus jurídico está sometido a una tensión entre la libertad de los ciudadanos y el control social que facilite la persecución de los delitos.⁸⁶

Ahora bien, por lo que respecta a la prueba ilícita, podríamos comenzar diciendo que todo el acervo probatorio obtenido hasta antes de la ilicitud deberá ser considerado válido y, con relación a lo obtenido con posterioridad a ella, se aplicará una serie de consideraciones que pueden determinar que la prueba sea finalmente aceptada o no.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 24.21

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 34 y 35.22

Es importante señalar que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que examinaremos más adelante han sido desarrolladas primordialmente por el derecho procesal penal, salvo algunas excepciones. Esto obedece a que el derecho penal desde hace algunas décadas, ha tratado de dejar bien establecidas las posibles excepciones que la regla general pueda admitir, pues los derechos fundamentales que protege el derecho penal son de una mayor importancia.

7.4.1 Las excepciones a la regla de exclusión en los Estados Unidos

Para un mejor entendimiento de la problemática que las excepciones a la regla general de exclusión de las pruebas ilícitas es conveniente comenzar esbozando los supuestos estadounidenses, pues la jurisprudencia de este país fue una de las primeras que desarrolló las citadas excepciones, que paulatinamente fue influenciando las jurisprudencias nacionales de otros países.

Para empezar conviene decir que en los Estados Unidos la creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) ha sido objeto de toda una larga evolución jurisprudencial. El primer eslabón en la materia se remonta a finales del siglo XIX, por lo que existe casi un siglo de diferencia entre las primeras pinceladas dadas por la doctrina norteamericana y la jurisprudencia de otros países como Alemania o España.⁸⁷

En principio se estableció una regla rígida de exclusión de las pruebas ilícitas. Ejemplo de esto lo encontramos en el Caso *Boyd vs United States* (1886), en el que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal, ello por haberse compelido al acusado a crear facturas falsas que declarasen en su contra. Para fundamentar este rechazo de las pruebas ilícitas se acudió a la Cuarta y a la Quinta Enmienda.⁸⁸ La base de toda su argumentación fue precisamente el derecho a no declarar contra

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 64. 25

⁸⁸ Esta enmienda señala que garantiza el derecho de los detenidos a no declarar contra sí mismos, el derecho a un jurado y al principio *non bis in idem*

sí mismo por la fuerza, con el fin de poder utilizar con posterioridad esa información como prueba.⁸⁹

Al tiempo que se consolidaba *la exclusionary rule*, en forma paralela fue configurándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Ésta surge por primera vez en el Caso *Silversthorne Lumbre Co. vs United States* (1920), pero no se acuña esta expresión hasta la sentencia *Nardone vs United States* (1939). En ambos supuestos se trata de intervenciones telefónicas ilegales y se negaba la posibilidad de aceptar el uso derivado o los efectos reflejos de las informaciones halladas mediante esas intervenciones ilegales. En este sentido se alegaba que si un árbol estaba envenenado, todos sus frutos deberían también estarlo, motivo por el cual se hacía imposible obtener cualquier información derivada de un hecho ilícito en origen.⁹⁰

Una vez establecida la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas permaneció sin excepciones durante casi 80 años en los Estados Unidos, hasta que en la época de la presidencia de Nixon comienzan a surgir algunas excepciones que van a flexibilizar la rigidez con que inicialmente había sido formulada la regla de la exclusión. Es la época del denominado *balancing test*, en la que comienza a ponderarse tanto el interés del ciudadano en lo relativo al respeto de sus derechos fundamentales, como el de la sociedad en un intento de acabar con el delito, lo que implica no admitir estrictamente la regla de exclusión. Estas excepciones comenzaron a operar unas veces admitiendo un testimonio derivada de un registro ilícito⁹¹, otras por haberse

⁸⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Op. cit., nota 17, p. 65.27

⁹⁰ Ibid, p. 73.28

⁹¹ En el Caso *United States vs Ceccolini* en 1978 un testimonio fue admitido a pesar de haber obtenido al testigo en un registro ilícito, pues el vicio era saneado desde el momento en que el testigo quiso cooperar voluntariamente con la policía, en Martínez García, Elena, Op. cit., nota 17, p. 67.29

actuado erróneamente bajo la cobertura de una ley declarada posteriormente inconstitucional,⁹²

Haciendo un esfuerzo de síntesis sobre la construcción de las excepciones a la regla de exclusión, se puede decir que la jurisprudencia estadounidense se desarrolló de la siguiente manera. Una primera excepción se encuentra al admitir la denominada *teoría de la fuente independiente* (*the independent source*), que logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra (*Wong Sun vs. US* 1963 y *Silverthorne Lumber Co. vs. US* 1920). De esta manera, la regla de exclusión admitiría una excepción si se pudiera justificar que las pruebas obtenidas derivaban de una fuente independiente. El nexo se diluye si el camino para el descubrimiento de la prueba es autónomo (o independiente), entonces dicha prueba puede ser admitida y valorada.⁹³

En segundo término se admitió la *doctrina del descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery*) o doctrina del hallazgo inevitable, que rompe la ilicitud de la prueba derivada de otra ilícita al admitir la "inevitabilidad" en el descubrimiento por otros medios que hubieran sido legales, lo cual justifica su admisión, además de que no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o los jueces (*Nix vs. Williams* 1984). De esta manera, se estableció otra nueva excepción a la doctrina del futuro del árbol envenenado, admitiendo pruebas derivadas de una ilícita por la "presunción" de que se podría haber llegado a ellas "irremediablemente" por existir, por ejemplo, una investigación ya en marcha tendiente a descubrirlas.⁹⁴ En tercer lugar se admite la *good faith exception*, o excepción de la buena fe policial en la obtención de las pruebas directas (*United States vs. León* 1984), excepción

⁹² En el *Caso Michigan vs. De Filippo* en 1979 donde el Estado había promulgado una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. En este caso, la Corte Suprema, sin embargo, entendió que las pruebas inicialmente recopiladas no debían excluirse del proceso, pues los agentes del Estado habían actuado conforme a derecho y a una ley que no era manifiesta o aparentemente inconstitucional, *ibíd.*, p. 67. 30

⁹³ *Ibíd.*, p. 54

⁹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, *Op. cit.*, nota 17, pp. 54 y 75.36

que ha sido muy residual y que no ha tenido mucho éxito en la formación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, aunque no por ello deja de ser una de las excepciones a la regla de exclusión.⁹⁵

En cuarto y último lugar, tenemos a la teoría del *nexo causal atenuado* (*purged taint*), que se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente (*United States vs Ceccolini* 1978 y *Dunaway vs New Cork* 1979). La excepción del nexo causal atenuado se creó en 1978 a partir de un registro ilegal donde se consiguió que un testigo declarara voluntariamente. Las pruebas se encontraban causalmente conectadas, pero la "ilicitud" de las mismas se disipaba o atenuaba al haber mediado un acto de voluntad en el testimonio inculpatario. Además, la ausencia de mala fe policial en el registro y de consecuente efecto disuasorio en la policía, así como el amplio lapso de tiempo transcurrido desde la comisión del delito hasta la obtención del testimonio, fueron razones para presumir matizado el vicio inicial.⁹⁶

De estos cinco supuestos de excepciones a la regla de exclusión, la jurisprudencia de los Estados Unidos estableció una serie de criterios para determinar cuándo se rompe ese nexo causal o como mínimo, cuándo nos encontramos suficientemente alejados del vicio inicial. Los criterios principales son los siguientes:

- a) Por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente.
- b) Por otro, la intencionalidad del agente o juez y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba.
- c) Por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza derivada de la ilicitud, es decir, el resultado.

⁹⁵ Ibid, p. 54.37

⁹⁶ Ibid, pp. 55, 74 y 75.38

Las excepciones a la regla de prueba ilícita se consolidaron de tal forma en la jurisprudencia de los Estados Unidos que en 1995 el Congreso de este país emitió su primer pronunciamiento sobre la regla de la exclusión (*Exclusionary Rule Reform of 1995*), donde se regula como garantía objetiva frente a la actuación policial. Es más, la regla de la exclusión ha sufrido tantas limitaciones que la jurisprudencia ha adoptado una nueva perspectiva desde entonces, de tal forma que lo novedoso sería encontrar sentencias en las que las pruebas ilícitamente obtenidas no sean tenidas en cuenta por el juez bajo algún tipo de ponderación.⁹⁷

7.4.2 Las excepciones a las reglas de exclusión en la jurisprudencia española

La jurisprudencia española aceptó desde un principio la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y la teoría del árbol envenenado. Inclusive, el derecho español consagró la regla de exclusión en su legislación secundaria, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11 estableció una prohibición absoluta para recibir estas pruebas. Así las cosas, desde un principio los tribunales españoles y de manera especial el Tribunal Constitucional español, consideraron que las pruebas ilícitas chocaban con el sistema de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, también fue evidente que una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión y de la teoría del árbol envenenado acabaría frustrando el *ius puniendi* del Estado y establecería la " petrificación de la doctrina anglosajona" de los efectos reflejos de las pruebas prohibidas.⁹⁸

En la actualidad ya podemos encontrar diferentes resoluciones judiciales españolas que establecen excepciones a la regla de exclusión. Hacer una exposición detallada de todas éstas rebasaría con mucho los objetivos del presente trabajo, sin embargo, nos parece importante destacar las implicaciones

⁹⁷ Ibid, p. 70.39

⁹⁸ Ibid, p. 83.40

de la sentencia STC 81/98 que no es la única pero sí la que examina el tema que nos ocupa con mayor profundidad y claridad.⁹⁹

La sentencia STC 81/98 del Tribunal Constitucional estableció que aun existiendo una relación de causalidad *fáctica* entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible *romper la conexión de antijuridicidad* entre el resultado de la violación y el medio de prueba obtenido. De esta manera, valorando las siguientes tres variables, se puede llegar a establecer esta posible desvinculación jurídica entre los hechos y sus pruebas:

La magnitud de la violación. La cual tiene lugar, por ejemplo, cuando existe insuficiente motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica.

La confesión espontánea. Por ejemplo, la confesión sincera, abierta y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa, o la noticia de una posible entrega de droga a partir de una intervención telefónica ilícita que investigaba delitos diferentes. En efecto, cuando las declaraciones del imputado y coimputado se encuentran realizadas de forma garantizada y libre, suelen entenderse como causa de desconexión de antijuridicidad.

La importancia del bien jurídico protegido, pues es indispensable que las excepciones a la regla de exclusión deban ser consideradas cuando ello supone, por ejemplo, la protección de derechos básicos, como la libertad o la vida. Por ejemplo, con motivos exculpatorios las excepciones deberían ser aceptadas, pues nadie podría suponer que las pruebas ilícitas fueran simple y llanamente rechazadas si ello supusiera la declaración de culpabilidad de un inocente.¹⁰⁰

⁹⁹ GONZÁLEZ MONTES, José Luis. “La Prueba Ilícita” Revista de fundamentación de las instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Pamplona, España, nota 35, p. 370.41

¹⁰⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Op. cit., nota 17, p. 178.

Esta triple consideración puede ser útil para llegar a establecer la desconexión entre dos pruebas, una de las cuales se llama prueba originaria y otra prueba derivada. Así, aun cuando la prueba originaria es ilícita, ello no necesariamente implica que la prueba derivada también lo sea, pues habrá que hacer una serie de ponderaciones que permitan establecer su vinculación directa o remota. Esa afirmación que rompe el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es en sí misma un hecho, sino una valoración sobre el grado de conexión que determina la pertinencia de la prueba cuestionada.¹⁰¹

En otras palabras, se puede decir que la tesis que propone el Tribunal Constitucional español para establecer la posibilidad de introducir excepciones al principio de los "frutos del árbol envenenado", está basada en lo que denomina "conexión de antijuridicidad". Esto significa que la transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, exige la existencia entre las dos, además de una "conexión de causalidad" que sería un requisito necesario pero no suficiente, de una conexión jurídica que en este caso se concreta en una "conexión de antijuridicidad", que añadiría un *plus* necesario y suficiente para que tal prueba fuera considerada prohibida. Si esta conexión fuera débil la prueba podría ser admitida y valorada.¹⁰²

La desconexión jurídica de estas pruebas se sustenta, por una parte, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica, y constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción ilegítima. Por otra parte, el respeto de dichas garantías permite, por ejemplo, afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el acto ilícito y, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria

¹⁰¹ GONZÁLEZ MONTES, Op. cit., nota 35, pp. 370 y 371.

¹⁰² MARTÍNEZ GARCÍA, Op. cit., nota 17, p. 179

declaración del acusado, hacen innecesarias las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria.¹⁰³

En la práctica judicial española ha de aludirse a otra excepción al principio de los frutos del árbol envenenado, también de origen norteamericano: la del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*). Aunque esta excepción no haya sido claramente acogida todavía por el Tribunal Constitucional, ya se intuye en la mencionada sentencia 81/1998. Sin embargo, se ha aplicado por el Tribunal Supremo, caso muy claro en la sentencia de la Sala segunda de dicho Tribunal de 4 de julio de 1997 (RJ 1997/6008), en la que se argumentó que las pruebas tachadas de ilícitas habrían sido inevitablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la intervención telefónica. Se trataba de una intervención telefónica acordada judicialmente pero con insuficiencia de motivación.¹⁰⁴

En conclusión, las valoraciones que ahora deben realizar los jueces españoles ante las pruebas ilícitas dejará en algunas ocasiones sin efectos la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas, pues al examinar tales pruebas mediante esta suerte de *balancing test*, la eficacia negativa de la regla exclusión no entrará en funcionamiento en casos especiales. Esto supone el relajamiento de la regla de exclusión, en aquellos supuestos en los cuales es pertinente. A partir de pronunciamientos como el contenido en la STC 81/98, en España es indispensable testar las pruebas para comprobar que se encuentran jurídicamente vinculadas entre sí y, por tanto, determinar si se transmite la ilicitud originaria a la prueba derivada.¹⁰⁵

¹⁰³ MARTÍNEZ GARCÍA, Op. cit., nota 17, p. 179

¹⁰⁴ Ibid, p. 373. 47

¹⁰⁵ Ibid, nota 17, p. 218. 48

7.4.3 Las excepciones a la regla de la exclusión en la jurisprudencia alemana

En decisiones que van de 1990 hasta 1996, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfG) ha distinguido con toda claridad entre la prohibición para realizar una prueba y su aprovechamiento. De esta forma ha establecido que "no todas las prohibiciones de practicar una prueba" tienen, sin más, como consecuencia una prohibición de aprovechamiento de prueba. Más bien, se debe tomar la decisión en pro o en contra de una prohibición de aprovechamiento basándose en una amplia ponderación, en la que el peso de la violación del procedimiento, como también su significado para el ámbito legalmente protegido del interesado, sean igualmente importantes, sin olvidar la consideración de que la verdad no debe ser averiguada a todo precio.¹⁰⁶

Además, si una investigación hipotética hubiera llevado "con una probabilidad cercana a la seguridad" al mismo resultado, la prueba pudiera entonces también ser aprovechada.¹⁰⁷

El Tribunal Constitucional Federal Alemán también ha establecido las intervenciones estatales pueden llegar a ser valoradas, siempre y cuando se encuentre fuera de las esferas de protección de la vida íntima, así como de aquella área de la vida privada que puede ser regulada por el derecho. En efecto, las intervenciones telefónicas o de otro tipo que realicen las autoridades estatales pueden ser admitidas siempre y cuando se respete "por regla general del derecho al libre desarrollo de la personalidad". Estas intervenciones pueden ser válidas siempre que no afecten la protección de la esfera del desarrollo privado de la persona, que ha perfeccionado el propio tribunal constitucional alemán, conforme a una teoría que ha denominado de las tres esferas.

¹⁰⁶ Heinz Gössel, Karl. "La prueba ilícita", *Revista de Derecho Penal Garantías Constitucionales y nulidades procesales-I*, en Donna, Edgardo Alberto (dir.), Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, nota 18, p. 40. 49

¹⁰⁷ Ibid, p. 63.50

Esta teoría de las tres esferas se puede explicar de la siguiente manera: en una resolución fundamental del 31 de enero de 1973, el Tribunal Constitucional de la República Federal reconoció dos zonas de protección constitucional, una de las cuales a su vez se subdivide en otras dos. La primera es la "esfera íntima del individuo", a la cual la Constitución alemana ha otorgado un ámbito central para el desarrollo individual del ciudadano, ya que la reconoce como "una configuración privada e intocable de la vida, que se encuentra protegida de la influencia del poder público" y cuya intervención, "no podrían justificar aún los más altos intereses del público general". La segunda zona está referida al ámbito de la vida privada y se subdivide en una zona que es posible regulación y otra no lo es. En efecto, según el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana no todo ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta de la Ley Fundamental. Como ciudadano dependiente y ligado a la sociedad cada uno debe más bien aceptar las medidas del Estado que son tomadas en pos del interés público preponderante y bajo estricta observancia del principio de la proporcionalidad, siempre y cuando no menoscaben el ámbito intocable de la vida privada.

Por consiguiente, hay que reconocer dos esferas privadas de protección, una que es inaccesible a las intervenciones estatales, y otra que puede ser regulada y que depende de una ponderación entre el derecho a la privacidad y el interés público.¹⁰⁸

Esta teoría de las tres esferas que ha establecido la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán ha impactado inclusive al Tribunal Superior Regional de Alemania (*OLG Schleswig*). Así por ejemplo, mediante esta teoría el tribunal superior ha juzgado como utilizable una grabación de video secreta sobre el robo de dinero en la sala de un casino realizada por un empleado de Hacienda, ya que considera que teniendo en cuenta el control recíproco de todas las personas

¹⁰⁸ Ibid, pp. 68 y 69.51

presentes en el momento del conteo del dinero, el proceder del actor en el lugar de trabajo del casino no puede ser imputado al ámbito protegido de la vida privada. Y esto rige también para grabaciones sobre comportamiento de una persona en el lugar de trabajo, a la que en todo caso no hay que imputarle como tal el ámbito privado protegido por la Constitución.¹⁰⁹

Un caso muy interesante en Alemania ha sido el de la ponderación de las conductas criminales que quedan registradas en grabaciones entre cónyuges o en diarios. En un principio, en un fallo de 1964 el Tribunal Federal (BGHSt) consideró por transgredida la "esfera más íntima" perteneciente al derecho general de la personalidad, si una conversación de uno de los cónyuges era grabada sin el consentimiento del otro, como también el aprovechamiento de anotaciones en un diario, escrito sin fines de darse a conocer. Esto iba contra la afirmación general de que no había lugar para la protección de la personalidad en aquellos casos en los que un delincuente expresara o desarrollara por escrito sus crímenes y determinara a sus víctimas.¹¹⁰ Más tarde el Tribunal Constitucional de la República Federal dictaminó en 1989 (en abierta oposición a la anterior resolución del Tribunal Federal acerca de la protección absoluta de las conversaciones conyugales) que al formular por escrito sus pensamientos en un diario, el autor los excluía del ámbito de la intimidad absolutamente protegido. Esta resolución mantiene el principio de existencia de un ámbito central absolutamente intocable de la personalidad, mientras que en otros casos la afectación a la esfera de la personalidad dependerá de la forma e intensidad en que el hecho respectivo afecte "por su naturaleza a las esferas o los intereses de la sociedad". Finalmente, más tarde el propio Tribunal Federal enmendó su resolución inicial y estableció que las anotaciones o declaraciones "acerca de la planificación de futuros delitos o informes de delitos cometidos" no pertenecen "al ámbito intocable de la vida privada" con la consecuencia de poder ser aprovechados en el procedimiento

¹⁰⁹ Ibid, pp. 69 y 70.52

¹¹⁰ Ibid, p. 73.53

penal, al tiempo que hacía depender tal aprovechamiento de la clase de anotaciones y de la intensidad de la afectación de los intereses sociales.¹¹¹

En un sentido parecido, la posibilidad de desechar *grabaciones en cintas magnéticas* secretamente producidas por terceros (particulares) es impensable para el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, cuando esto sucede "en casos de criminalidad grave (sea contra el cuerpo y la vida de otros, sea contra los principios fundamentales del estado liberal democrático u otros bienes jurídicos de rango comparable) tanto para la determinación de la identidad de los delincuentes como para el descargo de acusados injustamente". Para los alemanes en todos los casos se trata decisivamente de la defensa del principio de la proporcionalidad, en el que por un lado tiene importancia la *gravedad de la intervención* en el derecho general de la personalidad, pero por otro lado la "concreta injusticia" que el caso particular puede generar, hace inevitable la correspondiente ponderación de la prueba. También hay que considerar en la ponderación necesaria, si la grabación de audio respectiva se presenta para la convicción o para el descargo como *único medio de prueba*, y en qué medida los comentarios contenidos en la cinta son relevantes para el procedimiento correspondiente.¹¹²

De esta manera, la jurisprudencia del tribunal constitucional de la República Federal establece que "el individuo no tiene el derecho, en el sentido de un dominio absoluto e ilimitado, acerca de `sus` datos", ya que debe "aceptar las limitaciones de su derecho a una autodeterminación informativa en beneficio del interés preponderantemente común", bajo observación del principio de la proporcionalidad. Un *interés general preponderante* sólo podría existir regularmente "en datos con referencia social, excluyendo las declaraciones

¹¹¹ Ibid, pp. 73 y 74. 54

¹¹² Ibid, pp. 75 y 76. 55

íntimas de autoincriminación no exigibles". Las declaraciones deberán ser adecuadas y "limitadas a la finalidad determinada judicialmente".¹¹³

Estas diversas ponderaciones que entran en juego para determinar cuándo y bajo qué condiciones puede una prueba ilícita ser valorada en Alemania, han motivado que algunos la denominen como la *teoría alemana del entorno jurídico*.¹¹⁴ Aun cuando esta teoría ha sentado su carta de aceptación en la jurisprudencia alemana, es importante señalar que la misma no opera en todos los casos en este país, pues la ponderación que se hace de las circunstancias específicas hace que sólo funcione en situaciones excepcionales, lo que hace difícil su aplicación y extensión como regla de oro para todos los eventos. Esto es correcto, pues como hemos establecido desde un principio, se trata sólo de establecer excepciones especiales y no de suprimir la regla general de inadmisión de pruebas ilícitas.

7.5 ELEMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA

Para logra desarrollar este tópico es de gran importancia analizar a fondo el contenido de la sentencia SU -159 DE 2002, puesto que esta precisa en señalar lo siguiente:

El artículo 29 superior es la fuente jurídica de exclusión indicando genéricamente que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición se ha desarrollado por el legislador para señalar 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 obtenida mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado

¹¹³ Ibid, p. 78. 56

¹¹⁴ SERGE JIMÉNEZ, Claudia Helena. "La prueba ilícita y las causales de ausencia de responsabilidad penal", *Revista de la Universidad Cooperativa de Colombia*, Medellín, octubre de 2003, núm. 83, pp. 103 y 104. 57

condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el juez, al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita, para que proceda a su exclusión si es del caso.

El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de indicar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión era el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establecía que el funcionario judicial “~~rechazará~~ mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991.

Por otra parte encontramos cómo en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 se incorpora de manera expresa la Cláusula de Exclusión cuyo tenor literal señala que “~~T~~oda 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”, disposición concordante con el artículo 359 que consagra la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, y el artículo 360 en alusión a la posibilidad que tiene el juez de excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, allegado o conseguido con violación de los requisitos legales.

Es menester prestarle atención al artículo 455 del código de procedimiento penal, el cual dispone respecto a la nulidad derivada de la prueba ilícita que —~~Pa~~

efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley” y para el efecto, se identificara la importancia de cada uno de estos aspectos:

El vínculo atenuado. Este se presenta cuando la relación entre el acto primario ilegal y el fruto probatorio se desvanece, y al respecto se cita como ejemplo el caso de una interceptación ilegal a través de la cual se determina que un servidor público exige dinero a un usuario para adoptar una decisión.

Fuente independiente. Se presenta cuando se acredita que la prueba derivada fue obtenida por un medio idóneo distinto, aunque aparentemente proviene del acto primario ilícito. Para su aplicación se trae a colación la recomendación del tratadista argentino Julio B. Maier, a través del denominado método de la supresión mental hipotética citado por el Dr Marín a través del siguiente ejemplo: los investigadores poseen información seria de que en una residencia se conservan armas de uso privativo de las fuerzas armadas, solicitan y obtienen la orden del fiscal para registrar y allanar con ese exclusivo propósito; pero, por alguna circunstancia inesperada, no hallan las armas, sin embargo de lo cual se encuentran con un laboratorio de cocaína o un secuestrado y sus captores. En este caso, no obstante que la orden no iba dirigida a estos últimos objetivos, los resultados probatorios derivados perviven, ante la supresión mental hipotética de la orden y su finalidad, porque ellos pueden explicarse por la alternativa constitucional y legal de la flagrancia, evento este que no requerirá orden previa del fiscal.”.

Descubrimiento inevitable. Concepto decantado por la jurisprudencia de los Estados Unidos, según el cual un elemento material probatorio logrado por medios ilegales podrá ser admitido, controvertido y valorado en juicio si se determina que en el caso concreto, también por medios legales inexorablemente habría sido

descubierto, ejemplo para su aplicación sería el de la persona que confiesa acerca de un homicidio sin estar asistido por defensor, e indica el lugar de ubicación del cadáver, pero precisamente en ese sector había más de doscientos hombres en su búsqueda, y dada su proximidad el cadáver en todo caso iba a ser descubierto.

Otros criterios establecidos en la ley. Los eventos previstos en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal para el caso del allanamiento y registro de un inmueble cuando medie autorización expresa del propietario, poseedor o simple tenedor, o en los eventos de catástrofes o se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado.

Lo fundamental de todo este ejercicio es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. El criterio fijado por la Corte Constitucional es que la nulidad solo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida. Esta posición ha sido sostenida en términos similares por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, entre otros fallos, el 23 de julio de 2001 con radicado 13810 magistrado ponente Fernando Arboleda, en donde se indicó que la Carta no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino solo de la prueba ilegalmente incorporada, y así ha sido entendido por la Corte al sostener que la ilegalidad del medio afecta su validez, pero no la eficacia de la actuación procesal posterior, salvo que se trate de la propia indagatoria

Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la prueba ilícita y su valoración en el proceso

Además de la jurisprudencia de los tribunales nacionales que se han examinado en los apartados anteriores (Estados Unidos, España y Alemania), la cual ha tenido su origen en juicios penales en esos países, existe un precedente jurisprudencial en materia de derecho internacional de los derechos humanos que versa sobre la exclusión o no de pruebas ilícitas y que por su importancia vale la pena exponer a continuación.

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en su conocida sentencia de 12 de Julio de 1988, *Caso Schenk vs Suiza*,¹¹⁵ abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella

En concreto, en este caso la CEDH debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la legislación del Estado suizo demandado. Es importante señalar que en este juicio se descartó como principio general que la Corte Europea pueda excluir que se admita una prueba conseguida ilegalmente, toda vez que sólo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. En esencia se resolvió que la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determina una

¹¹⁵ La sentencia puede consultarse en la siguiente dirección electrónica de la propia CEDH: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695449&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA39864958>

vulneración del derecho a un proceso justo (artículo 6.1 Convención Europea), sino que para decidir sobre la eventual violación de las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho había que examinar el proceso penal en su conjunto.¹¹⁶

La determinación del alcance de la doctrina establecida por la CEDH exige, como paso previo, detenernos aunque sea sucintamente, en el examen de los hechos sometidos a su conocimiento. La historia de los hechos expuesta con detalle en la propia sentencia dictada por el Tribunal Europeo era en líneas generales la siguiente: el señor Schenk, ciudadano suizo, contrató los servicios de una agencia de publicidad para que se publicase en la prensa un anuncio solicitando los servicios de un ex legionario o individuo de características análogas para unos trabajos o misiones ocasionales. Como resultado de la publicación del anuncio el demandante escogió al Señor Pauty, con quien se reunió en diversas ocasiones, pagándole varias misiones que le confió. Al llegar a Suiza el señor Pauty entró en contacto con la señora Schenk confesándole que su marido le había encargado que la matara. Después de considerar la posibilidad de matar al señor Schenk o de hacerle creer que su mujer había muerto para poder así cobrar el precio, ambos se dirigieron al juez de instrucción narrándole los hechos anteriormente descritos, lo que motivó que se iniciara la oportuna investigación policial por tentativa de homicidio. Mientras tenía lugar dicha investigación, el señor Schenk llamó por teléfono al señor Pauty, quien grabó la conversación mantenida por ambos, entregándola a la policía que la incorporó a las actuaciones judiciales. El señor Schenk fue declarado culpable de un delito de tentativa de inducción al homicidio, castigándole a diez años de reclusión. Para fundamentar dicha condena el Tribunal tuvo en cuenta el contenido de la conversación telefónica previamente grabada por el señor Pauty, una vez descartada, mediante prueba pericial, su manipulación. La condena fue confirmada por el Tribunal Federal Suizo.¹¹⁷

¹¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 56. 59

¹¹⁷ *Ibid*, pp. 56 y 57. 60

En su demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el señor Schenk alegó que el registro de la conversación telefónica y su uso como medio de prueba habían infringido su derecho a un proceso justo al tratarse de una grabación ilegal realizada sin la preceptiva autorización judicial. El mismo gobierno suizo, al igual que los tribunales suizos que habían conocido el caso, reconocieron que la grabación telefónica se había conseguido ilegalmente, aunque estimaban que ello no era obstáculo para su admisión como prueba en el proceso. El Tribunal Federal Suizo (sección de casación penal) incluso admitió que en la grabación litigiosa se daban los elementos que integraban el delito previsto en el artículo 179 ter del Código Penal que castiga al que "sin el consentimiento de los demás interlocutores, registrare en un aparato a este respecto una conversación privada en la que tomara parte", a pesar de lo cual, concluía, que " el interés público en descubrir la verdad de un delito sobre la muerte de una persona debía prevalecer sobre el interés de Schenk en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad".¹¹⁸

La CEDH desestimó los alegatos del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal como prueba de convicción no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio. En el primer fundamento de derecho razona que aunque el convenio garantiza en su artículo 6o. el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al derecho interno. El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir el principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.

También se estimó importante que el registro de la conversación telefónica no fuera la única prueba en que se fundó la condena.¹¹⁹

¹¹⁸ Ibid, p. 57. 61

¹¹⁹ Ibid, pp. 57 y 58. 62

8. PORQUE SE DEBE ADMITIR LA PRUEBA A PESAR DE SER ILICITA

Una vez comprobada la existencia de la prueba ilícita, el gran problema es el establecer la mejor solución procesal para determinar si se debe o no dar valor probatorio a la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, cuestión que a lo largo de la historia ha causado gran interés por la doctrina y el derecho comparado, es por ello que pretendemos introducirnos un poco a los argumentos que se han brindado ambas soluciones, esto es si se deba admitir o se debe negar la admisión de la ya mencionada prueba.

Empecemos entonces, a examinar aquella que postula la admisión y eficacia de la prueba ilícita, es decir, aquella que sostiene que no se debe excluir del proceso la prueba aunque esta haya sido obtenida con infracción a los derechos fundamentales. Esta doctrina, aunque minoritaria fundamenta su tesis es los siguientes argumentos:

8.1 PRINCIPIO DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD PROCESAL Y LA JUSTICIA COMO FIN DE TODO PROCESO

Antes de adentrarnos a este principio es necesario partir de la idea de que todo proceso, incluyendo el civil debe ir encaminado a reconstruir la realidad, esto es, a la búsqueda de la verdad, hay quienes dicen que no se puede prescindir de datos probatorios por el solo hecho de que estos datos hayan sido obtenidos con la infracción de derechos fundamentales, puesto que equivaldría a prescindir de elementos de juicio que pueden ser relevantes para llegar a conocer esa realidad, y consecuentemente, para que el proceso pueda alcanzar su fin máximo que es la justicia.

En el momento en que esta doctrina confronta el interés por esclarecer los hechos y el interés por la protección de los derechos fundamentales, hace prevalecer el

primero, pues estima que le segundo se puede garantizar y preservar a través de la sanción civil o penal correspondiente, que se habría de imponer a quien actuó antijurídicamente en la obtención o práctica de la prueba, puesto que la inadmisión de la prueba ilícita, puede implicar una denegación de justicia, siempre que se negará su admisión y ella era la única disponible para acreditar los hechos.

En otras palabras, se afirma que el rechazar esta prueba conduce a impedir que se pueda allegar al proceso un elemento de juicio que pueda aportar la verdad necesaria para que el juez haga justicia, siendo injusto que deba dictar una sentencia con una decisión, al tener que prescindir del elemento así obtenido.

En esta doctrina podemos encontrar una línea jurisprudencial inglesa, que afirma que la prueba ilícitamente obtenida puede ser admitida y valorada por el juez si esta es relevante para el fallo judicial justo, pues —E criterio que debe aplicarse para apreciar si una prueba es admisible o no es el de si dicha prueba es relevante para el asunto debatido. Si lo es, es admisible y el tribunal no debe preocuparse de cómo fue obtenerla”¹²⁰

8.2 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LAS NORMAS PROCESALES RESPECTO DE LAS MATERIALES

La independencia de los ordenamientos procesal y material lleva a sostener a algunos autores que las infracciones al ordenamiento material, no comparte la vulneración al ordenamiento procesal. Es así como sostiene que —al incorporación al proceso de fuentes de prueba es independiente de la forma legal o ilegal en que hayan sido obtenidas, siendo que sólo la prueba producida vulnerando las normas de procedimiento podrían ser rechazadas por el juez.

¹²⁰ Caso Kurama of Kaniu v/s Cfr. Williams, —Evidences obtained by Illegal Means”, The criminal Law Review, 1995, P.344, cit., por Pico y Junoy, pp 293 y s.

En el fondo, estos autores estiman que la autonomía del ordenamiento procesal supone que la ilicitud material del acto a través del cual se adquirió un elemento probatorio, no puede traer aparejada necesariamente la inadmisibilidad del acto que permite dicha prueba, pues se trata de actos que operarían en planos diferentes. Así, entonces, se dice que estas infracciones serían procesalmente neutras, o sea, no tienen relevancia alguna para la formación del juicio jurisdiccional. Por lo tanto, han de ser admitidas aunque hayan sido obtenidas con infracción de normas sustanciales, siempre que se incorporen al proceso de formal legal".¹²¹

8.3 EL CARÁCTER METAJURÍDICO DE LA PRUEBA

Un sector de la doctrina estima que la prueba en sí misma tiene un carácter metajurídico, en tanto que se trata de una actividad destinada a la reconstrucción o descubrimiento de unos hechos para trasladarlos a un proceso judicial, por lo que sus resultados deben medirse no por la moralidad sino por su certeza.

Esta postura lleva, a afirmar que a pesar de la que justicia debe velar por el buen manejo de los medios —~~en~~ no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política"¹²² e incluso se afirma que inutilizar la prueba obtenida de ilícito, supone convertir el juicio de admisibilidad que necesariamente ha de efectuarse para determinar si un determinado medio cae en esta categoría, en un mecanismo para la salvaguarda de intereses ajenos al proceso.

¹²¹ CAROCCA, Alex. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita *Ius Et Praxis*, Año 4, número 2, pp 313

¹²² MUÑOZ SABATE. Técnica probatorio (estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso), cuarta edición, Ed. Praxis S. A., Barcelona, 1993, pag 78. citado en CAROCCA.Alex. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita *Ius Et Praxis*, Año 4, número 2, pp 314

8.4 EL PRINCIPIO “MALE CAPTUM, BENE RETENTUM”

Este principio significa que desde el punto de vista procesal, la cuestión ha de centrarse no tanto en el modo de adquisición del elemento probatorio sino más bien en la disponibilidad física de este, pues lo que es trascendental es la posesión de elemento probatorio, y este debe ser admitido en el proceso, sin perjuicio de que si ello se deba a un actuar ilícito, éste debe ser debidamente sancionado, ya sea desde el punto de vista civil, penal o disciplinario, pero incorporado a los autos, en nada debería afectar su fuerza probatoria¹²³.

En este sentido, señala Guasp, autor que defiende este principio que si el medio de prueba se encuentra en poder de la parte interesada en su presentación, entonces el problema de la disponibilidad no se plantea, porque basta con su obtención física para que, cualquiera sean las consecuencias extraprocesales de tal detentación.

8.5 EL ARGUMENTO DE LA NO DOBLE SANCIÓN POR EL MISMO ACTO

La doctrina que asume este argumento, destaca la indebida acumulación de sanciones que supone el hecho de inadmitir la prueba ilícita, ya que además de la sanción que puede acarrear el autor por la infracción del derecho fundamental, se une la sanción por la inadmisión de la prueba.

Puesto que en realidad, la eficacia de las pruebas no supone una complacencia con la forma con la que han sido obtenidas o producidas, y por esto que gran mayoría de los autores están de acuerdo en que el autor de la infracción a los derechos fundamentales deben sujetarse a la correspondiente responsabilidad civil, penal o administrativa que corresponda según las reglas generales.

¹²³ Guasp Delgado, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo II, vol.1, Ed. Aguilar, Madrid, 1945, P, 584

8.6 EL PRINCIPIO “FACTUM INFECTUM FIERI NEQUIT” O “LO HECHO NO PUEDE DEVENIR NO HECHO”

Principio utilizado por un sector de la doctrina para defender el reconocimiento de validez a la prueba obtenida con la infracción a normas jurídicas, concretamente cuando se trata de actos, declaraciones y comportamientos que las partes eventualmente han podido realizar en el proceso respecto de la prueba. Esto es, en el fondo, se distinguen entre el resultado del medio probatorio irregularmente practicado y la actividad de las partes en el desarrollo de dicha prueba, atribuyendo así, eficacia probatoria a dicha actividad.

Concretamente, —añiriéndose al interrogatorio practicado, se dice que debe distinguirse entre los actos de las partes en el proceso y el resultado de las pruebas ilegalmente admitidas o practicadas, pues el margen de discutir si el juez podrá o no fundar su convencimiento sobre la base del resultado del medio probatorio, lo cierto es que la actividad o comportamiento de los litigantes que han participado en la práctica de esta prueba ha tenido lugar, y como tal no puede ser desconocida por el juzgador, conforme al principio *Factum infetum fieri nequit*”¹²⁴

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. —Eficacia di di prova illegittimamente ámesa e comprtamento della parte”, en VV.AA., Scritti in onore di A.C Jemolo, tomo II, Giuffré, Milano, 1963, p 187, cit. Por Pico y Junoy, El derecho a la vida prueba en el proceso civil, . Pag 296, cit por CAROCCA, Alex. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita Lus Et Praxis, Año 4, número 2,pp 315

9. EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL RAZONAMIENTO DEL JUEZ

Como es bien sabido es el juez quien debe fundamentar de manera lógica y legalmente toda decisión que adopte, puesto que la motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión. Facilita cuál ha sido el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y, en su caso, las pruebas que los verifican, para subsumirlos en las normas aplicables que servirán de fundamento para su decisión. Finalmente, —~~is~~ve como mecanismo de control de los actos que realizan los jueces, a la vez que legitiman su poder y protegen a la sociedad de sus arbitrariedades”¹²⁵.

Es así como el juez debe hacer una valoración sistemática y conjunta de todos y cada uno de los elementos probatorios ingresados válidamente al proceso¹²⁶ (aunque al momento de motivar el fallo sólo haga mención a aquellos que fueron determinantes para su decisión). Esto significa, a contrario sensu, que el juez no debe tener en cuenta la o las pruebas que fueron introducidas ilegalmente al pleito¹²⁷.

Para poder ~~suprimir~~ “suprimir de su mente” aquel elemento probatorio deberá hacer uso del ~~—~~ “método de la exclusión hipotética”. De lo contrario (si intentara aprovechar el referido elemento probatorio) la sentencia será declarada nula. Sin embargo, dicha ~~—~~ “operación mental omisiva” es cuanto menos muy difícil de lograr pues el juez se verá influenciado por el elemento probatorio ilícito¹²⁸.

¹²⁵ CALVINHO, Gustavo. “El marco estructural para construir y motivar sentencias”, Revista Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista- Escuela de Graduados Aguilla & Calderon EGACAL- Centro de Altos Estudios Jurídicos CAE-JURIS-AQP, Anuario 2007, p. 37

¹²⁶ LORENZÓN BRONDINO, Cesar. IX Congreso nacional de derecho procesal Garantista —La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador” Ed, Azul, Buenos Aires, 2007, p. 10

¹²⁷ ibid

¹²⁸ LORENZÓN BRONDINO, Cesar. Op. cit. P. 11

Ya que una vez adquirida la prueba por el juez, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica; lo que sucede es que la psiquis del juez, desde el mismo momento en que tome —contacto— con la prueba ilegal, quedará contaminada o viciada¹²⁹.

Como vemos, el —método de la exclusión hipotética— no es garantía suficiente para el indiciado. Es muy probable que el juez, al valorar los elementos válidamente incorporados se vea influenciado aún sin quererlo por aquel o aquellos que se incorporaron ilegalmente. De esta forma, puede suceder que el juez —force— su razonamiento para concluir de una manera distinta a la que lo hubiera hecho si ese elemento ilegal no hubiera —existido—¹³⁰.

La simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta bastante difícil que el juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción. La declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar la incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso. Una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil prescindir consciente o inconscientemente de su resultado.

¹²⁹ *ibid*

¹³⁰ *ibid*

10. CONCLUSIONES

- La legalidad en el régimen de la prueba distingue a la defensa de las formas procesales, en su enfoque de garantías.
- El principio de la verdad real no autoriza al juez ni a las partes a ultrapasar los límites éticos y legales colocados por un proceso sensible a los valores de la dignidad humana.
- Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a principios constitucionales.
- La prueba ilícita es inadmisibile en el proceso, aunque se trate de prueba relevante y pertinente. Por eso, no puede ser valorada judicialmente.
- Punto delicado, sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia extranjera todavía discrepan es el atinente a la admisibilidad procesal de las "pruebas ilícitas por derivación" (las pruebas colectadas por medios lícitos pero a los que se llega por intermedio de fuentes de prueba ilícitamente obtenidas).
- La consecuencia del ingreso en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser excluidas. Será nula la sentencia fundada en ellas.
- El proceso penal debe ser el fiel reflejo de la vigencia de un Estado de Derecho, quedando prohibidas, vedadas y clausuradas las violaciones a las garantías constitucionales de las personas tanto procesal como extra procesalmente.
- A partir de una revisión de planteamientos de diferentes autores, jurisprudencia y derecho comparado, hemos logrado establecer las diferencias puntuales que se derivan de prueba ilícita y la prueba ilegal, cuáles son sus efectos entre otras. Sin dejar de lado los diferentes postulados planteados por la jurisprudencia y la doctrina.
- Aunque no exista norma expresa en el derecho procesal civil, asumiendo las garantías constitucionales se puede pedir al juez civil que excluya o no

pondere una prueba cuando ha afectado las normas del debido proceso por haberse obtenido ellas con vulneración de garantías constitucionales.

- La ilicitud de la prueba supone la violación de cualquier Derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba, y la consecuencia procesal de la misma es la imposibilidad de que sufra efecto alguno, esto es, que pueda ser valorado por el Juez.
- La ilegalidad de la prueba supone la limitación del Derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por la Ley. De esta manera se visualiza en materia probatoria el mandato constitucional de sumisión judicial a la ley, no pudiendo el juez admitir la proposición de pruebas que vulneran la legalidad ordinaria.
- La prueba ilícita, que vulnera los derechos fundamentales, no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Sin embargo la nulidad de la prueba por violación a la ley no implica que el hecho, que se trata de demostrar con la prueba ilícita, no pueda quedar acreditado por otros medios de prueba, recaudados en debida forma siempre y cuando estos sean legítimos y se alleguen al proceso por medios legales; que para el caso, no dependan de un acto probatorio viciado de nulidad, es decir, que el efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, esto es, que no tengan, conexiones con la ilícitamente practicada.
-
- La temática de la ilicitud será de construcción doctrinal y jurisprudencial permanente, en virtud de la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio en nuestro Régimen Jurídico colombiano, en donde el manejo de los medios de conocimiento por parte de los sujetos que intervienen en la actuación procesal, requiere una particular atención tanto para su producción como para su recaudo, ciñéndose a las formalidades previstas para el efecto.

- La posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002, deja la sensación de que en el caso materia de estudio se privilegiaron unos medios de prueba que, en principio, se pueden considerar como derivados de las grabaciones que, fueron excluidas del acervo probatorio al momento de su valoración por parte de la Fiscalía y Corte Suprema de Justicia y, sin embargo, a la derivada de estas, se les confirió plenos efectos jurídicos.
- Pese a la posición asumida por la Corte Constitucional, tanto en la Jurisprudencia SU-159 de 2002 y C-591 de 2005 se puede afirmar que la manera en que se dio aplicación a la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado no resulta ser la más apropiada, toda vez que el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política impone su aplicación no solamente respecto a la prueba principal, sino que también debe hacerse extensiva a la prueba derivada de aquella que deviene en ilícita, de tal manera que los criterios referidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 más que brindar elementos al funcionario judicial para verificar si está o no en presencia de una prueba ilícita, lo que hace es dotarlo de herramientas para que, en determinado momento, cuando quiera que se trate de verificar los efectos de una prueba derivada de aquella que se ha considerado ilícita, pueda el Juez con argumentos eminente subjetivos hacerle producir efectos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

ARAZIN, Roland. La prueba en el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1986

ASPRELLA, María Eva. "Prohibiciones Probatorias". [En línea] Biblioteca Jurídica Disponible en: <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas/nt011122.html>. [consulta: 02 mayo 2011]

CABRERA ZEGOVIÁ, Juan Carlos. Algunos apuntes doctrinarios sobre la prueba y la prueba prohibida, quien cita a ASENSIO MELLADO, José María: La Prueba Prohibida y Prueba Pre constituida. Madrid: Trivium, 1989

CALDERÓN MONTENEGRO, Henry y BERDUGO SAUCEDO, Pedro. "La Regla de Exclusión Constitucional. Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio".

CALVINHO, Gustavo. —Emarco estructural para construir y motivar sentencias", Revista Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista- Escuela de Graduados Aguilla & Calderon EGACAL- Centro de Altos Estudios Jurídicos CAE-JURIS-AQP, Anuario, 2007.

CARNELUTTI, F. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Edit. UTEHA Reimpresión, tomo II, 1993.

CAROCA PÉREZ, Alex. "Garantía constitucional de la defensa procesal". Barcelona: Editorial J.M. Bosch, 1998.

CAROCCA, Alex. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita lus Et Praxis, Año 4, número 2.

CARRIÓ, Alejandro D. "Garantías constitucionales en el proceso penal", 4ª ed, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000. 548 pp.

DE SANTO, Víctor. El proceso civil. Tomo II, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

DE SANTO, Víctor. La prueba judicial. 3ª Edición, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, Pruebas judiciales. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Colombia, 1987.

EDWARDS, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 2000

FASSI, Santiago C y MAURINO, Alberto L: Código Procesal Civil y Comercial, comentado anotado y concordado, Tomo III, 3ª edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho procesal penal. México: Porrúa, 1974

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. —La Prueba Ilícita—. En: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, España,

GUASP DELGADO, J. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo II, vol.1º
Madrid: Ed. Aguilar, 1945

HEINZ GÖSSEL, Karl. "La prueba ilícita". En: Revista de Derecho Penal Garantías
Constitucionales y nulidades procesales-I, en Donna, Edgardo Alberto (dir.),
Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001

JAUCHEN, E. Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires, Argentina:
Rubinzal –Culzoni Editores, 2002

LAMA DÍAZ, Rossy. Medios probatorios en la audiencia de preparación de juicio
oral. [En línea] Centro de Estudios de las Américas.
<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/mprobatorios_juiciooral.pdf>
[consulta: 02 mayo 2011]

LOPEZ-BARJA DE QUIROGA: Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente
obtenida, Akal Madrid, 1989.

LORENZÓN BRONDINO, Cesar. IX Congreso nacional de derecho procesal
Garantista —La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador—. Buenos
Aires: Ed. Azul, 2007

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

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en
el proceso penal, Barcelona: J. M. Bosch Editor.

MOLERO, Marco Antonio. "Garantías constitucionales. Respeto a los derechos
inmanentes a la condición de ser humano." En: Derecho Penal [En línea]

<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,233,1,0,1,0>> [consulta: 02 mayo 2011]

MONTERO A., J. La prueba en el proceso civil. 4ª Edición. Editorial Thompson-Civitas. Madrid, 1998.

MONTERO AROCA, Juan. Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal. Tema 25. Disponible en: www.academiaderecho.org

MONTÓN REDONDO, A. Los medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. Salamanca, España. 1977

MUÑOZ SABATE, Luis. —Práctica y Derecho Probatorio”. En: XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2006

NATAREN NANDAYAPA, Carlos. El concepto de prueba ilícita en el proceso penal mexicano. Primera aproximación. [En línea] Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. Disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2486/11.pdf>> [consulta: 02 mayo 2011-10-17]

ORDOÑEZ, María Victoria: —Presentación de la prueba en Materia penal” [en línea] Disponible en: <http://www.emagister.com/presentación-prueba-penal-cursos983490.htm> (consulta: Abril 04 2011)

PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, 1975

PARRA QUIJANO, Jairo Manual de Derecho probatorio. Editores Librería del Profesional, 2001

PICÒ JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Ed. José Ma. Bosch, 1996

PISCOYA SILVA, José. "Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita" [En línea] Derecho & Cambio Social. Revista 2006. <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>> [consulta: 03 de mayo de 2011]

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. "La prueba ilícita en el proceso penal". [en línea] En: Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica. N° 6. Diciembre 1992 <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2006/saenz06.htm>> [consulta: 03 mayo 2011]

SENTÍS MELENDO, Santiago. La prueba, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

SERGE JIMÉNEZ, Claudia Helena. "La prueba ilícita y las causales de ausencia de responsabilidad penal". En: Revista de la Universidad Cooperativa de Colombia, Medellín, octubre de 2003.

ZABALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de derecho procesal penal, Tomo III, Guayaquil – Ecuador: Editorial Edino, 2004

JURISPRUDENCIA:

- Decreto 2700 de 199.
- Ley 600 de 2000.
- Ley 906 de 2004
- Ley 938 de 2004
- Ley 36 de 1988.
- Acto legislativo 03 de 2002
- Sentencia del 7 de Septiembre de 2005, radicado 23700
- Sentencia SU 159 de 2002
- Sentencia C 591 de 2005
- Sentencia C 884 de 2007
- Corte Suprema de Chile. Sentencia de 11 de junio de 2007, Rol No 1.836 - 2007

OTROS:

- Código de Procedimiento Penal Colombiano
- Constitución Política de Colombia
- La Prueba en materia Penal
- Código de Procedimiento Italiano.
- Constitución Política de la República de Portugal.
- Código de Procedimiento Penal Portugués