

# ATAQUE CASACIONAL DE LA EVIDENCIA ILÍCITA

Elaborado por:

ALDEMAR GUARNIZO GARCÍA

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE  
Y UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
FACULTAD DE POSTGRADOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL  
BOGOTÁ D.C.-COLOMBIA

2014

**ATAQUE CASACIONAL DE LA EVIDENCIA ILÍCITA**

**ALDEMAR GUARNIZO GARCÍA**

Trabajo de grado como requisito para optar al título de  
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Asesor:

**CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE**

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE  
Y UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
FACULTAD DE POSTGRADOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL  
BOGOTÁ D.C.-COLOMBIA**

2014

## **DEDICATORIA**

A Isabel y a José Aldemar, mis padres,  
por su sabiduría y entrega incondicional.

A Alejandro, mi motor y orgullo permanente.

A Luis Herney y Jhon Fredy, mis queridos hermanos.

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo, que servirá como tesis de grado para optar al título de especialista en derecho probatorio penal, se elaboró con la colaboración de muchas personas, con quienes me encuentro profundamente agradecido. Como la memoria es débil, de antemano ofrezco excusas por las omisiones de gratitud en que pudiera incurrir.

Quisiera agradecer, en primer lugar, a la Facultad de Posgrado de la Fundación Universitaria Católica del Norte y la Universidad de Medellín, por permitirme y darme la oportunidad de integrar su excepcional programa de Especialización, donde halle excelentes directores, profesores y coordinadores. A todos ellos, debo mi más sincero y profundo agradecimiento.

Igual reconocimiento debo manifestar al Dr. CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE, Profesor de la Universidad de Medellín, por sus manifestaciones firmes e incondicionales de apoyo, así como por su aporte de experiencia y conocimiento en el manejo del tema investigado.

También quiero destacar la colaboración indirecta, de los autores que se referencian en las citas de este trabajo, por sus escritos, sus ponencias, sus libros y sus sentencias.

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN .....	6
INTRODUCCIÓN .....	7
CAPÍTULO I. POLICÍA JUDICIAL Y SU FUNCIONAMIENTO .....	11
1. La Función de Policía Judicial en la Ley 906 de 2004.....	11
1.1. Concepto.....	11
CAPÍTULO II. DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA Y EVIDENCIA .....	16
1. Precisiones Iniciales .....	16
2. Concepto.....	16
3. Precisiones Finales .....	19
CAPÍTULO III. REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA ILÍCITA .....	24
CAPÍTULO IV. CAUSAL PARA ATACAR EN CASACIÓN LA EVIDENCIA ILÍCITA.....	41
1. Causal de Nulidad.....	44
2. Causal de violación indirecta de la ley sustancial. ....	46
5. TESIS PROPUESTA.....	47
CONCLUSIONES GENERALES .....	51
BIBLIOGRAFÍA .....	55

## RESUMEN

Tomando en consideración el objetivo de la investigación, el cual debe estar acorde con el posgrado cursado, se construyó como pregunta problema la siguiente: ¿Cuál es la causal correcta para atacar en Sede de Casación, la sentencia que se funda en evidencia ilícita?, ello, puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia e incluso la doctrina nacional, se han pronunciado reiteradamente en relación con el tratamiento en casación de la prueba ilícita, pero no se ha diferenciado ésta de la evidencia ilícita.

En el capítulo I, iniciamos por definir el rol del colaborador principal de las investigaciones, llamase Policía Judicial para el ente acusador o investigar privado para la defensa, se toma la Policía Judicial porque se encuentra definido su rol específico en el ordenamiento jurídico asimilable al servicio que presta el técnico para la representación privada y de otro lado, la evidencia en términos generales, que en últimas son los resultados de toda investigación.

## INTRODUCCIÓN

No cabe en duda que la práctica probatoria hace parte fundamental del régimen procesal, independiente del sistema de enjuiciamiento que se tenga, sin embargo, su ejercicio probatorio no siempre se ciñe al respeto irrestricto del ordenamiento jurídico y además, que aquellas anomalías también puede ser cometidas en el proceso de la obtención, proposición, admisión y valoración de la prueba.

La clasificación clásica de las irregularidades del régimen probatorio, se denominan de acuerdo a su gravedad, y de allí, la doctrina distingue entre prueba ilícita y evidencia (prueba) irregular, que la primera se entiende aquella que vulnera derechos fundamentales y la segunda, a la vulneración de otras normas jurídicas.

La (prueba) evidencia ilícita y la regla de exclusión tiene fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, disponiendo que sea nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Bajo el sistema inquisitivo colombiano, en principio se entendió que solo era nula si se trataba de ese derecho fundamental, sin embargo, la evolución jurisprudencial interpretó que, además comprendía a todos los derechos fundamentales y que por prueba irregular, aquella que desconoce otras regulaciones de la prueba.

El Acto Legislativo 03 de 2002, que introduce y da viabilidad constitucional al nuevo sistema de enjuiciamiento penal, reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política para adecuar el sistema adversarial con tendencia acusatoria. No obstante, aquella

modificación no fue ajustada por completo a la teleología o finalidad del sistema puro norteamericano, en el sentido que la prueba solo se concibe en el juicio oral, cuando se somete a su práctica y se permite ejercer la contradicción, de lo contrario, todo lo anterior, son meros actos de investigación denominados evidencia con vocación de prueba.

Es de recordar que, en el anterior modelo de justicia penal gobierna el principio de permanencia de la prueba, en el entendido que las pruebas practicadas por el Ministerio Fiscal, desde la indagación preliminar tienen total validez en la etapa de juzgamiento y no deben repetirse para que en ella se apoye la sentencia. Ahora, con el sistema acusatorio, la actuación procesal se concentra en la vista pública, por lo tanto, la indagación, la investigación, imputación, la acusación y la preparatoria, son verdaderos actos de preparación del debate del juicio oral, por ende, el régimen probatorio, específicamente, la obtención del concepto de la prueba cambia de contexto, es decir, su escenario principal será la vista oral, salvo algunas excepciones legales.

Podemos decir, que el mandato constitucional del artículo 29 sobre las reglas que rigen el debate probatorio, encuentra su pleno desarrollo normativo con la expedición de la Ley 906 de 2004, se empieza a manejar el concepto de evidencia con vocación probatoria y no de permanencia de la prueba como tal, sino que es muy significativo que se haga mención en los artículos 287, 308 y 336 de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida.

Del mismo modo, están las disposiciones del artículo 23, 232, 360 y 455 de la mencionada ley, que regulan la naturaleza de la evidencia ilícita, la regla general de la exclusión, su exclusión respectiva de investigación específica y sus efectos. Para el profesor



Urbano Martínez (2004) dice que: “en el nuevo esquema procesal, en cambio, no solo se cuenta con el inciso final del artículo 29 superior sino también con un entramado normativo que consagra un régimen muy completo, aunque en nuestro concepto no legal, de la prueba ilícita. Por primera vez en la historia del derecho penal colombiano se está ante un sistema normativo que desarrolla el concepto de prueba ilícita y que se extracta de él varias consecuencias sometidas a regulación específica” (P. 386).

Nuestros tribunales jurisdiccionales han realizado un desarrollo jurisprudencial importante respecto al tema de la prueba (evidencia) ilícita y la regla de exclusión, aunque no acorde a los principios acusatorios que rigen un verdadero sistema penal adversarial, ya que, el cambio jurídico está muy arraigado a la idiosincrasia de quienes imparten la administración de justicia. En los inicios, la evidencia ilícita se reguló teniendo en cuenta la naturaleza de las normas jurídicas afectadas con su práctica, así se distinguió entre prueba obtenida con violación de garantías fundamentales y prueba ilegal. Es de anotar que, el propio legislador no se ha limitado a reproducir la prueba obtenida con violación del debido proceso como fuente de la regla constitucional de exclusión. Es más, el nuevo régimen legal de la evidencia ilícita tampoco se limita a reflejar el efecto jurídico consagrado en la norma superior pues, aparte de indicar que tal prueba es nula de pleno derecho, ordena que la prueba ilícita “deberá excluirse de la actuación procesal”.

En mi criterio, el juez de control de garantías deberá aplicar la regla de exclusión de la evidencia sin acceder a su contenido y tomar las decisiones que le soliciten, y deberá asegurar que ella de ninguna manera sea conocida por el juez de conocimiento. En el evento, que al fallador de la causa se le solicita la aducción al proceso de una evidencia

ilícita distinta a aquella ya excluida por el de control de garantías, aquél deberá realizar la aplicación de la regla de exclusión.

La regla de exclusión tiene aplicación desde los actos de investigación hasta llegar a resolver el recurso extraordinario de casación. De allí, en el último tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se orienta que el manejo de la evidencia ilícita corresponde a un problema de aducción del medio o de valoración del medio probatorio, es por eso, que su ataque en sede casacional se realiza por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial. Sin embargo, a través de este trabajo investigativo de tipo descriptivo pretendemos postular una mirada diferente al asunto sub examine.

Entonces, y para terminar con la cuestión planteada al comienzo de estas líneas, nos deberíamos preguntar ¿por qué la evidencia ilícita y la regla de exclusión es un problema de adjudicación del derecho por parte del juzgador y por ende, su ataque a través del recurso extraordinario de casación es por la violación directa de la ley sustancial? Dejemos la mentalidad y el rezago del sistema inquisitivo, para poder ajustar las instituciones garantistas al modelo de enjuiciamiento adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano.

## **CAPÍTULO I. POLICÍA JUDICIAL Y SU FUNCIONAMIENTO**

### **1. La Función de Policía Judicial en la Ley 906 de 2004**

#### **1.1. Concepto**

La Policía Judicial es una función asignada a ciertos organismos del Estado cuyo deber es apoyar la investigación penal, el cual ha de ser técnico y científico, la cual, puede actuar por iniciativa propia o por asignación del fiscal correspondiente quien a su vez es el director de dicha investigación.

Nuestra obra procesal describe lo que ha de entenderse por policía judicial "...la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación". (Zuleta Cano, José Abad, Loaiza Guerra, Gloria Patricia & Noreña Castrillón, Lina María, 2012, P. 560)

Ahora es de anotar que tanto los organismos oficiales y los particulares están obligados a prestar su colaboración a las unidades de Policía Judicial, dentro del marco establecido en desarrollo de los actos urgentes y actividades del programa metodológico, labores que estarán bajo la dirección del fiscal que lleve el caso, siempre la policía judicial

hará un reporte de iniciación a fin de que la Fiscalía asuma el control y direccionamiento de la investigación.

La función de Policía Judicial se puede de tres maneras a saber: Permanente, Permanente especial, Transitoria y Supletoria.

Manera Permanente: El artículo 201 del C.P.P. asigna funciones permanentes al Cuerpo Técnico de Investigación, Departamento Administrativo de Seguridad (Hoy en proceso de supresión según decreto 4057 de 2011) y la Policía Nacional (Decreto 4222 de 2006).

Manera Permanente Especial: Ejercen de manera permanente especial por disposición del artículo 202 del C.P.P., los siguientes organismos: Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, los directores nacional y regional del INPEC, los Directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario, los Alcaldes municipales y los Inspectores de Policía

Manera Transitoria: De manera transitoria dispone el artículo 203 del C.P.P aquellos entes públicos que el Fiscal General de la Nación mediante resolución los autorice a ejercer función de Policía Judicial.

Manera Supletoria: esta función se deriva de lo consagrado en el párrafo del artículo 201 del C.P.P. en el entendido de que en aquellos lugares que no haya miembros o unidades de policía judicial, esas funciones podrá ejercerlas la Policía Nacional.

De lo que se deduce que la Policía Nacional ejerce una labor preventiva mientras que la función de Policía Judicial que es meramente investigativa la ejerce de manera excepcional.

### 3. Funciones Preventiva e Investigativa de la Policía Nacional

Evidentemente como se señaló en el cierre del párrafo anterior la Policía Nacional lleva a cabo dos actividades o funciones de vital importancia para nuestro país.

La función preventiva se deriva del artículo 218 del Constitución Nacional, Gómez (2006) “La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.” (P.143).

Para esta labor cuentan con el Código de Policía como principal instrumento aplicable en todas las áreas de territorio nacional y a todos los ciudadanos cuando hubiere lugar a ello. A partir de allí la Policía Nacional puede realizar actividades de registro y control a personas y vehículos sin que sea necesaria orden de un juez de la República, sin embargo, si en desarrollo de esa actividad descubren evidencias deberán identificarlos, recogerlos y embalarlos y tendrán la obligación de comunicar de dicho descubrimiento a la policía judicial por mandato expreso del artículo 208 del C.P.P. Esta labor la desarrolla la Policía de Vigilancia.

En cuanto a la labor de Policía Judicial le es asignada a la Policía Nacional como función interna mediante el Decreto 4222 de 2006 y se deriva de la misma Ley 906 de

2004, como se dijo anteriormente y es muy distinta a la que desarrolla la Policía de Vigilancia también conocida como administrativa es distinta su labor en cuanto la Policía Judicial opera en desarrollo de la investigación, es decir luego del reporte de iniciación lo que implica que las labores de los agentes de policía judicial se hallan en el marco de una investigación existente y supeditados al control y dirección del fiscal correspondiente.

Por su propia naturaleza la actividad de policía es de índole preventiva, pues supone la intervención de la autoridad antes de que se viole el derecho, con el fin de impedir, en lo posible, el acto que consume la violación. Dicha intervención para ser efectiva conlleva reglamentación y limitación al ejercicio de las libertades ciudadanas, con el fin de impedir que su uso se convierta en abuso, por atentar contra los derechos de los demás. Coadyuva a garantizar de esta forma la armonía social, esto es, la realización de un orden jurídico justo (Preámbulo de la Constitución).

Concepto diferente es el de policía judicial, referido a la actividad desarrollada con ocasión de la comisión de un delito, encaminada a su esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, operación que no es característica ni propia de la policía, aun cuando miembros de la Policía Nacional en sus dependencias especializadas puedan ser investidos de tal función (art. 201 L. 906/04) o supletoriamente la tengan que ejercer (parágrafo ib.), lo cual es ocasional y excepcional.

La Policía Judicial es concebida por la propia Ley 906 de 2004, inciso final de su artículo 200, como la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal, dependiendo funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.

En ese mismo pronunciamiento la Corte Constitucional deja claro que el registro corporal y vehicular en ejercicio de la labor preventiva difiere sustancialmente del registro

en desarrollo de la investigación penal ya que el primero se presenta en el ejercicio de prevención mientras que el de policía judicial requiere de autorización judicial.

Por su esencia, tanto la función preventiva como la de policía judicial están sometidas a ciertas limitaciones legales, la administrativa en su facultad “autorizada” para registros no puede excederse en esa actividad so pena de transformar la misma en una inspección corporal porque estaría invadiendo la órbita de intimidad del afectado y vulnerarle derechos fundamentales como dignidad humana, intimidad entre otros.

Asimismo la policía judicial no puede so pretexto de pertenecer a la policía nacional hacer registros personales, por cuanto como hemos explicado, ésta puede actuar en el marco de una investigación penal ya iniciada, la cual se encuentra a órdenes y dirección del fiscal que lleve dicho caso.

## **CAPÍTULO II. DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA Y EVIDENCIA**

### **1. Precisiones Iniciales**

Debemos anotar que el presente estudio permitió verificar que no existe un criterio unificado en el concepto de evidencia, muchos no distinguen entre elemento material probatorio y evidencia física, asimismo y con preocupación encontramos que muchos doctrinantes consideran o confunden el concepto de evidencia al concepto de prueba, ello conlleva a profundizar en esos conceptos a fin de evitar que pueda llegar a interpretarse de manera exegética la regla de exclusión lo que conllevaría a la negación de la misma en virtud de que aplicaría a la prueba como tal, la que sólo se convierte en prueba en el juicio oral, público y concentrado, surgiendo el interrogante de que sucede con aquellas evidencias obtenidas de manera ilegal por ejemplo de un policía judicial quien adelanta un registro personal por considerar que al pertenecer a la policía nacional puede hacerlo y encuentra evidencias en la persona que requisó? O por un miembro de la fuerza pública adelanta labores propias de la policía judicial y obtiene evidencias?

### **2. Concepto**

El Diccionario de la real academia de la lengua española sobre evidencia (DRAE, 2013) dice: “Certeza clara y manifiesta de la verdad o realidad de algo”.

Es de anotar que refiriéndonos a los conceptos de elemento material probatorio y/o evidencia física debemos precisar que nuestra obra procesal penal, la Ley 906 de 2004, no



define expresamente lo que ha de entenderse por elemento material probatorio o evidencia física sin embargo en el artículo 275 se encuentra una relación, de lo que son elementos materiales probatorios y evidencia física.

Sin embargo veamos lo que los doctrinantes han definido como evidencia física:

Para el tratadista Bedoya Sierra (2008) evidencia física es “toda cosa u objeto que directa o indirectamente pueda aportar información acerca de uno o varios aspectos estructurales del delito o de la identidad del acusado”.

En cambio para el profesor Mora Izquierdo (2007) “evidencia física” se le atribuye entonces el significado de: “Elemento tangible que permite objetivar una observación”

De otro lado, Lopez Suarez, Luz Yahaira & Martinez Anaya, Jeimy (2006). La Evidencia Demostrativa: Influencia del Sistema Penal Norteamericano en Nuevo Sistema Acusatorio Colombiano. Tesis de Grado, Universidad Industrial de Santander, Colombia, sobre la evidencia sostuvieron: “Se entiende por evidencia física cualquier elemento que sea tangible, que sirve para probar o no un problema en discusión, y que se utiliza para reconstruir un hecho punible”.

Para Restrepo Medina (2005) evidencia es:

*"es un conjunto de materiales, objetos y sustancias que guardan relación con el caso que se investiga, de diversa naturaleza y origen, dejados por la ejecución de la actividad delictiva, cuyo potencial radica en que sirvieron para cometer el hecho o consecuencia del mismo"*  
(P.38)

La Corte Suprema de Justicia tomando a Chiesa ha afirmado que: “Por evidencia real se entiende la que queda naturalmente a manera de huella o rezago del delito, como un lago hemático, el cadáver, las armas de fuego, los vidrios destrozados, etc.”

A partir del Acto Legislativo No. 03 de 2002 mediante el cual se modificó la Constitución Nacional de Colombia y reglamentada a través de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) se da inicio en Colombia a un nuevo sistema procesal penal, el sistema acusatorio.

El nuevo modelo de enjuiciamiento penal trae consigo significativas novedades del sistema, entre otras encontramos la determinación de los roles de los intervinientes, la igualdad de armas entre la parte acusadora y defensora, la detención como excepción, el advenimiento del principio de inmediación en reemplazo del de permanencia de la prueba, entre otros.

Nuestra Constitución asigna a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal la cual en desarrollo de la investigación contará con el apoyo de la Policía Nacional y la Policía Judicial en la respectiva indagación e investigación de los hechos que revistan las características de delito quienes deberán hallar las evidencias que luego se harán valer en el juicio oral como pruebas judiciales.

Dentro de ésta sistemática del nuevo sistema en acatamiento del principio de igualdad de armas a las partes le corresponde buscar y obtener esas evidencias, la cual en el proceso de búsqueda, hallazgo, recolección y aducción debe respetar unos criterios de legalidad y autenticidad exigidos por el ordenamiento.

### 3. Precisiones Finales

La Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que prueba es aquella que se produce ante el juez de conocimiento en el respectivo juicio oral, en la sentencia bajo el radicado 29626 anteriormente referida expresó:

*“3.2. Noción de prueba en el nuevo estatuto.*

El modelo de enjuiciamiento penal implementado por la Ley 906 de 2004 entiende por *prueba* únicamente la que ha sido producida y sometida a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, y la incorporada anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías, en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el código,

“En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

....”

Como hemos venido afirmando se suele confundir por un importante número de tratadistas el concepto de evidencia u elemento material probatorio con el de prueba, lo cual no es una generalidad, vemos como en la investigación Herrera & Cortes (2011) se pretende mostrar tal diferencia cuando en ese importante trabajo se dice:

“A diferencia de lo que podemos llamar pruebas, que son sólo las practicadas por el juez en el juicio oral, salvo la excepción de las pruebas anticipadas ante el juez de control de

garantías, los medios de conocimiento tienen ciertamente vocación de llegar a ser pruebas...” (P. 43)

La Corte Constitucional también en pronunciamiento C-673-05, afirmó:

“Prueba es únicamente aquella producida directamente en el curso de un juicio oral, público, concentrado y con todas las garantías, a diferencia de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, resultantes de la realización de actos de investigación, tales como la huellas, los rastros, los bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva, las fotografías y los mensajes de datos, entre otros”.

El tratadista Vivas Botero citado por (Herrera & Cortes, 2011), advierte la confusión existente entre algunos autores sobre prueba y elemento material probatorio afirmando. (P. 44)

Comparte esta preocupación de confundir prueba con elementos materiales probatorios, donde explica que “para obviar toda duda se puede acudir al artículo 250 de la Constitución, donde hace referencia de manera expresa a los elementos materiales probatorios y a su aseguramiento, así como a la inmediación de las pruebas, con ello el tratadista hace ver como al contemplar dos funciones diferentes de la Fiscalía General de la Nación, diferenciando en consecuencia los conceptos de prueba y elementos materiales probatorios.

Luego Herrera et al (2011) afirmaron:

“Mientras las pruebas, tienen como fin último, el establecimiento o no de la responsabilidad penal del acusado, sirven para desvirtuar la presunción de inocencia, y los

medios cognoscitivos, “como los elementos materiales probatorios y la evidencia física, constituyen tan sólo instrumentos para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado, más no se trata de un medio probatorio para establecer la existencia del hecho punible ni el grado de responsabilidad penal del imputado” (P. 44)

Para el tratadista Ríos (citado por Herrera et al, 2011) las pruebas tienen unas características básicas para el proceso penal acusatorio:

- a. Carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora.
- b. Sólo tiene el carácter de prueba las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad.
- c. Las pruebas deben de haber sido obtenidas por medios legales.
- d. Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas.
- e. Existe libertad en los medios de prueba.
- f. Existe libre valoración de la prueba.

En la segunda y en la cuarta característica, podemos apreciar, como este tratadista Español define como prueba solo la que se practica en el juicio oral, y además distingue prueba de cualquier otro tipo de medio de conocimiento, como pueden ser las conjeturas o las meras sospechas que definitivamente no pueden ser llamadas pruebas.

Para el tratadista Daza González (2008):

“Elemento Material Probatorio es todo objeto, huella o rastro de origen físico, químico, biológico o electrónico que puede ser o no perceptible a través de los sentidos, que permite llegar a la certeza sobre la verdad de una conducta que se presume violatoria de la normatividad penal, o de sus partícipes y de la responsabilidad de cada uno de ellos en la realización de la misma (Valdés en Secretaria de Gobierno y Universidad Militar, 2006, p. 166), tal como puede ser, en el caso “Aborto”, la tarjeta del establecimiento médico hallada por la Policía Judicial en el mismo sitio donde se encontraba el feto, así como instrumentos y medicamentos descubiertos en la diligencia de allanamiento y registro practicada al Centro Médico.

Es de recordar que las evidencias pueden surgir de dos maneras, la primera hallada por la policía administrativa o de vigilancia quien en desarrollo de su actividad preventiva realiza un registro y halla una evidencia relacionada con una presunta conducta punible y la segunda en desarrollo de una investigación penal.

Recientemente la Corte en la sentencia con radicado 34867, 5 de junio de 2013, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, expresó:

El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada y que la legalidad o ilegalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación.

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física,

el levantamiento de planos, de registros fotográficos, las inspecciones, etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades.

En conclusión debe diferenciarse la actuación de policía judicial de la policía de vigilancia, ambas tienen competencias totalmente distintas, la policía administrativa tiene fundamento de origen constitucional mientras que la policía judicial lo tiene en la ley 906 de 2004.

Las diferencias existentes entre la Policía Administrativa y la Policía Judicial en el marco de sus competencias claramente delimitadas y por determinación legal deben ser estrictamente acatadas y respetadas.

Una de las labores de esas entidades es la de obtener evidencias o elementos materiales probatorios, sin embargo, esas evidencias deben acatar todos los formalismos que la ley dispone para ello, debido a que las evidencias obtenidas por funcionarios sin la competencia debida se tornarían en evidencia ilícita.

Todo ello conlleva a estudiar el tratamiento que deben recibir esas evidencias ilícitas respecto de la regla de exclusión, como quiera que el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 sugiere que esta regla aplica para las pruebas judiciales, lo que supone que la evidencia ilícita ha sido incorporada al juicio oral como prueba.

### **CAPÍTULO III. REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA EVIDENCIA ILÍCITA**

Establecido como está que en el camino de la demostración de la conducta ilícita es posible que se recaude evidencias demostrativas o elementos materiales de prueba en forma ilícita, es decir, con pretermisión de los derechos o garantías fundamentales, es necesario establecer cuáles son los derechos que se pueden afectar en la obtención del elemento material de prueba o evidencia física.

Al respecto Daza González (2006) expresa que los preceptos superiores que se pueden afectar con la obtención ilícita de las evidencias son: la dignidad humana, los fines del Estado y las obligaciones de las autoridades públicas y su responsabilidad, la preeminencia de los derechos inalienables de los que es titular la persona humana; además derechos fundamentales tales como: la vida, la prohibición de desaparición forzada, la integridad física mediante la tortura, los tratos y penas crueles inhumanas o degradantes, el de la igualdad, la intimidad, la libertad, la no autoincriminación, la prohibición de destierro, la confiscación, así como la prohibición de la prisión perpetua y culmina el profesor Daza mencionado el derecho al acceso a la justicia y el que prevalezca el derecho sustancial sobre el formal.(P. 114)<sup>1</sup>

Así pues, la transgresión de los derechos enunciados, en general, provoca la ilicitud de la evidencia recaudada así, por lo que es necesario dar aplicación a la norma contenida en el artículo 29 Superior que consagra: “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso” o regla de exclusión de las evidencias ilícitamente obtenidas.



Sobre lo que se ha entendido por “regla de exclusión” Chiesa (2005)<sup>2</sup>, la define así: “una regla de exclusión es una norma de derecho probatorio, en virtud de la cual se excluye evidencia pertinente” (P. 2), más adelante expresa el mismo autor: “una regla de exclusión es, pues, una excepción a la regla general de que toda evidencia pertinente es admisible. .... Queda, así, establecido que la pertinencia es condición necesaria pero no suficiente de admisibilidad” (P. 3)<sup>3</sup>, lo que supone que el primer juicio que se ha de hacer frente a la evidencia, es el referente a su vinculación con los hechos materia de investigación (Pertinencia) y después, consultar si en la obtención de la misma se quebrantaron o no derechos o garantías fundamentales como los expuestos, para aplicar la consecuencia jurídicamente prevista para tales violaciones, que no es otra que la aplicación de la regla de exclusión.

El mismo profesor Chiesa reconoce que la regla de exclusión puede estar ubicada en un texto constitucional o en un estatuto o aún ser producto de la jurisprudencia, de suerte que pueden ser varias, así menciona que la única regla de exclusión que aparece en el texto constitucional suyo (de Puerto Rico) es la consagrada al final de la Sección Décima de la Carta de Derechos, que plasma los registros, detenciones e incautaciones. Pero agrega que aún hay muchas otras reglas de exclusión de rango constitucional, establecidas ya sea por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, dentro de las cuales cita las siguientes: En desarrollo de la Enmienda Quinta, menciona que conforme con las Reglas de Miranda, son inadmisibles las declaraciones de un sospechoso mientras es interrogado bajo custodia, pero afirma que las mismas, con permitidas con el propósito de impugnar del acusado que opta por declarar. En relación con la Sexta Enmienda, referente al derecho del acusado a confrontarse con los testigos de cargo, se

plasma limitaciones contra la admisibilidad, como prueba de cargo, de las llamadas pruebas de referencias (P. 2)<sup>4</sup>

En este punto es de reconocerse que en sistemas como el norteamericano o el de Puerto Rico, existen diversas reglas de exclusión, que tienen sus propias dinámicas y desarrollo en la jurisprudencia, dependiendo del derecho fundamental que se aduce puede ser afectado al momento de la obtención de la evidencia demostrativa, existiendo incluso varias reglas para un mismo derecho pero afectado en formas distintas, es decir, de acuerdo con la forma y desarrollo de la actividad policial se puede afectar en una u otra forma un mismo derecho, por tanto, existen reglas de evidencia, si se quiere, de carácter casuístico, pero que garantizan el cumplimiento del fin para el cual se ha diseñado la regla de evidencia, que no es otro que limitar la actividad de las autoridades públicas, para que actúen siempre dentro del marco legal de sus competencias, recibiendo como sanción, -no la única, la exclusión de las evidencias que se obtienen con quebrantamiento del orden jurídico constitucional o legal.

Sólo para mencionar alguno, basta con analizar la evolución que frente a la exclusión de evidencias halladas en requisas, ha tenido la jurisprudencia norteamericana, como en los casos “New York Vs Belton”<sup>5</sup> y “Thornton Vs, United States”<sup>6</sup>; o en el caso “Arizona Vs Gant”, en el que la Suprema Corte limita la posibilidad de realizar requisas a automotores, según Juárez (2012) a los siguientes eventos: “a) en que fuera razonable esperar que al momento de decidir el registro la persona arrestada pudiera tener acceso al interior del auto, o b) cuando el interior del vehículo pudiera contener evidencia vinculada con las razones que motivaron el arresto”. (P. 42)<sup>7</sup>

Similar cosa sucede en el sistema de Puerto Rico donde hay multiplicidad de reglas de exclusión, unas de rango constitucional, otras legal y lagunas más jurisprudencial, pero todas encaminadas a garantizar los derechos fundamentales de los asociados, en tanto que las excepciones a las reglas de exclusión se fundan más en motivos de política pública, o quizás para asegurar la vida e integridad del agente de policía que realiza un procedimiento, como cuando se permite que un policial realice una requisita al habitáculo del rodante en que se transporta la persona capturada, siempre que existan motivos para inferir que en el carro hay evidencias relativas a los motivos de la captura o que se puede afectar la vida o la integridad física del captor<sup>8</sup>.

Dice Chiesa (Op cit) que una regla de exclusión puede estar fundada en consideraciones ajenas a la búsqueda de la verdad, independientemente de su valor probatorio (P. 2)<sup>9</sup>, pues sin duda alguna acorde con los fines estatales, en un Estado constitucional de Derecho, lo preferente es la garantía de la dignidad de cada ser humano, antes que el hallazgo de la verdad, que también es un derecho fundamental que deriva en el acceso a la justicia como garantía para las víctimas, pero que debe ceder el paso ante la garantía de los derechos de las personas vinculadas como procesadas dentro del asunto penal<sup>10</sup>, pues en caso de tensión entre los derechos de la víctima y del procesado, los primeros deben ceder el paso a los de éste, en razón principalmente a que el implicado en el asunto penal, es la parte más débil de la relación y el Estado, no puede lícitamente, desplegar todo su poder, empleado cualquier modo, para presuntamente garantizar un derecho a la víctima, afectando otros -los del procesado-, de forma ilícita.

Al leer al maestro Chiesa Aponte, se puede concluir que en el sistema normativo de Puerto Rico, tanto como en el Federal de los Estados Unidos, existen múltiples reglas que atañen a la exclusión de la evidencia, por ejemplo, la contenida en la Reglas 20A<sup>11</sup>, sobre la exclusión de la evidencia de carácter para probar conducta y sus excepciones (P. 45), también se puede mencionar la regla de exclusión de carácter constitucional que existe, según Chiesa que es la ya mencionada de la Sección 10 de la Carta de Derechos, sobre registros y detenciones e incautaciones<sup>12</sup> (P. 2), también se considera constitucional, la generada por la Suprema Corte cuando resolvió el caso *Miranda Vs Arizona*<sup>13</sup>, mediante el cual estableció la protección a la Quinta Enmienda de la Constitución, que trata sobre la protección del derecho de no autoincriminación. Adicionalmente, es de resaltar que en la Regla de Evidencia 18<sup>14</sup> de Puerto Rico establece, conforme lo aduce Chiesa, que: “... sólo se puede excluir evidencia si no es pertinente o si es aplicable alguna regla de exclusión” (P.4).

Es de resaltar que el la Regla 19<sup>15</sup> establece una forma de cláusula de exclusión que según Chiesa (Op. Cit.), permite al juez discrecionalmente: “excluir evidencia pertinente cuando su valor probatorio no compensa el potencial de error, confusión o dilación que entraña admitirla” (P. 4), de suerte que parecería que en el sistema de Puerto Rico, la expresión exclusión en algunos casos se asimila con lo que se entiende en el quehacer judicial colombiano como admisibilidad de la prueba, donde, conforme con el artículo 376 de la Ley 906: “Toda prueba es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento”, de donde se concluye que ambas normas, esto es

la Regla 19 de Puerto Rico y el artículo 376, tienen un texto muy similar, pero mientras que allá es una cláusula de exclusión discrecional, en Colombia se constituye como causal para no decretar la práctica de pruebas pertinentes, aunque en este punto, ambas codificaciones parten del supuesto de pertinencia del medio.

El profesor Daza González (2009) desnuda que los problemas que surgen en relación con la aplicación de la regla de exclusión tienen su origen en el hecho que no hay claridad en relación con los conceptos, especialmente en cuanto a que el concepto “prueba” dentro del sistema acusatorio vigente en Colombia, por mandato constitucional sólo se refiere a aquellas que han sido descubiertas, admitidas, practicadas y controvertidas en la audiencia de juicio oral, de forma que la confusión en los conceptos genera que la aplicación de la regla de exclusión sea competencia del juez de conocimiento. (P. 123-144)<sup>16</sup>

De otro lado Armenta Deu (2007), expresa que para tratar el tema de la evidencia ilícita, es pertinente clarificar los conceptos “medio de prueba” y “fuente de prueba”, así expresa:

“No debe olvidarse, por otro lado, la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba, patente en esta materia, donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado "medio probatorio", que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los casos de prueba anticipada o preconstituida”<sup>17</sup>

De donde claramente se distingue que prueba es el conocimiento que llega al juzgador sobre los hechos que se pretende demostrar, mientras que la fuente de prueba es la actividad desarrollada para obtener los medios de prueba.

Así las cosas, este trabajo, de acuerdo con la postura de Daza González, propone que se haga una interpretación de los artículos 23 de la Ley 906 y 29 inciso final de la Constitución Política, de acuerdo con la cual, se entienda que cuándo estas normas emplean la expresión “prueba” debe entenderse como “evidencia”, dado que esta hermenéutica permite fácilmente comprender cuál es el estadio procesal en el que debe excluirse la evidencia ilícita, y con ello, cuál es el funcionario competente para dar aplicación a la regla de exclusión.

Las razones que permiten sustentar la anterior propuesta se fundamentan en los siguientes aspectos:

Si el fin principal de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que existe en Colombia es el respeto a la dignidad humana y con ello el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas, es necesario, como lo recuerda Uprimny Yepes (2004)<sup>18</sup>, interpretar las normas de acuerdo con el principio *pro homine*, que O’Donell (2001) citado por Uprimny dice que es el principio según el cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no lo reconoce o los reconoce en menor grado” (P. 56).

De otra parte, pero sobre el mismo aspecto, es decir, sobre el contenido del principio *pro homine*, debe aceptarse que no se aplica sólo en caso de conflicto de normas, sino también se extiende a la interpretación que de ellas se hace, de suerte que ha de preferirse aquella hermenéutica con la que se proteja de mejor forma el derecho en cuestión, pues de esta forma, se cumple el fin constitucional de respeto y garantía de la dignidad humana, siendo en el caso bajo análisis, aquella según la cual, lo que finalmente resulta ilícito es la evidencia, por tanto, la palabra “prueba” empleada en las normas debe entenderse como “evidencia”.

Otra consideración que lleva a proponer la nueva hermenéutica de los artículos 29 inciso final de la Constitución y 23 de la Ley 906 de 2004, es el hecho de que, al introducirse en el ordenamiento jurídico interno el proceso penal acusatorio, como claramente lo indica el inciso tercero del artículo 4 del Acto Legislativo 03 de 2002, cambió también el régimen probatorio imperante, de forma que con el nuevo sistema no existe la permanencia de la prueba como se conocía incluso hasta la Ley 600 de 2000 y todos los estatutos procedimentales anteriores a la ley 906, donde la prueba que se practicaba en la etapa de indagación e investigación era de forma posterior objeto de apreciación por el juez de conocimiento para adoptar la sentencia definitiva; ahora no, en las etapas previas al juicio oral se hallan, recaudan y aseguran evidencias o elementos materiales de prueba, o como dice Armenta Deu (Op. Cit.), “fuentes de prueba”, las que de forma posterior son llevadas a los escenarios judiciales primero con el descubrimiento en sus diversos momentos en que está legislado<sup>19</sup>, luego en la audiencia preparatoria con la enunciación<sup>20</sup>, solicitud<sup>21</sup>, peticiones de exclusión, inadmisibilidad o rechazo<sup>22</sup> de los “medios de prueba”, para practicar las pruebas – ahí si éstas- en la audiencia de juicio oral,

que debe estar presidida por el juez de conocimiento, con aplicación de los principios de inmediación, concentración y publicidad.

Sobre el punto en cuestión Daza González (2006) se pronuncia así: “Al pasar de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio dejamos atrás el principio de la investigación como principal escenario del debate probatorio y el principio de permanencia de la prueba, que era su consecuencia, por el del juicio como principal escenario del debate probatorio” (P. 121)<sup>23</sup>

También Urbano Martínez (2004) se pronuncia sobre el particular cuando expresa: Por ello, todo el trabajo investigativo estará orientado a la consecución de elementos materiales probatorios que, de conservarse adecuadamente, sólo adquirirán la calidad de prueba ante los ojos del juez de conocimiento” (P. 381)<sup>24</sup>

Así es evidente que en la nueva forma de enjuiciamiento criminal, mal puede hablarse de prueba o emplearse tal vocablo, cuando se refiere a los medios de demostración que han sido recaudados siempre en etapas previas a la judicialización del caso, puesto que técnicamente, sólo es prueba aquello que se practique en presencia del juez de conocimiento.

Es decir, los elementos materiales de prueba y evidencia física sufren una transformación en la presencia del juez de conocimiento mutando de tales a verdaderas pruebas, expresión que de acuerdo con el DRAE<sup>25</sup>, significa: “Prueba: **11.** f. *Der.* Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios



que autoriza y reconoce por eficaces la ley”, es decir, prueba es el conocimiento que se lleva al juez sobre los hechos que se están juzgando.

Una razón adicional para propender por la nueva interpretación de los artículos 29 inciso final de la Constitución y 23 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que se comprenda que se refiere a Evidencias Ilícitas y no a pruebas como es su tenor literal, es el atinente a la consecuencia de emplear una u otra expresión. En efecto, entender, -como se ha venido haciendo- que las citadas normas se refieran a pruebas y no a evidencias, permite – como se ha hecho en ciertas ocasiones- que se acepte la incorporación de tales evidencias en la audiencia de juicio oral para que sea el juez de conocimiento quien adopte una determinación al respecto en la sentencia, es decir, opte por excluir la prueba por encontrar que la misma es violatoria de los derechos o garantías fundamentales del acusado, o por el contrario, la aprecie dentro del haz de probanzas que le sirven de sustento a su sentencia; en cambio si se acepta que la expresión correcta es evidencia, ya no será posible permitir que una evidencia ilícita, es decir, producida con pretermisión de los derechos fundamentales, pueda hacer el tránsito procesal y convertirse en prueba dentro del juicio, pues con ello se estaría afectando el fin constitucionalmente previsto, vale decir, el respeto a la dignidad humana y los derechos y garantías fundamentales del implicado, toda vez que dichas evidencias bien pueden haberse utilizado en audiencias preliminares para realizar imputaciones o para soportar la imposición de una medida de aseguramiento, o incluso para afectar derechos a la propiedad con la restricción del poder dispositivo de ciertos bienes.

Basta recordar que en las diversas audiencias que se adelantan antes del juicio oral, en las que se debe tomar determinaciones judiciales que pueden afectar derechos

fundamentales de los asociados, el Estatuto Procedimental establece un estándar de conocimiento que debe estar soportado sobre material probatorio, que antes del juicio, como se ha reiterado, no es más que evidencias físicas o elementos materiales de prueba, por ejemplo:

Así que no hay duda que los elementos materiales de prueba y evidencia física que se entienden en términos generales como “evidencias”, sirven a lo largo de la indagación y de la investigación para adoptar determinaciones trascendentales en la afectación de derechos fundamentales de las personas, como los que se trajeron en párrafos anteriores, sólo a modo de ejemplo, sin haber sido exhaustivos en la enumeración efectuada.

Una razón adicional que justifica el entender que el artículo 29 constitucional en su inciso final y el 23 de la Ley 906, se refieren a evidencia y no a prueba es la que se refiere a la oportunidad o posibilidad de generar ilicitud en el recaudo del elemento, es decir, la pregunta es: ¿Cuándo se puede viciar de ilicitud o ilegalidad una evidencia? Tal cual se desarrollan las actividades probatorias en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y entendiendo que la ilicitud se produce cuando se afectan derechos fundamentales, es prácticamente exótico pensar que podría haber prueba ilícita, pues difícilmente, por no decir imposible, va a violarse derechos como la autonomía personal, la intimidad, la integridad física e incluso la vida misma en pleno juicio oral, el cual es público, concentrado, contradictorio, con la intervención incluso de instituciones como la del Ministerio Público, que actúa “en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”<sup>26</sup>, teniendo además como función prevista en el

numeral 1° del artículo 111 *Ibídem*, participar en las actuaciones ante los jueces que puedan afectar derechos fundamentales.

Así, es impensable aceptar que en pleno juicio oral, -donde la evidencia se transforma en prueba- pueda recaudarse evidencia física o elementos materiales de prueba afectando derechos humanos, puesto que conforme el rigor procedimental y tal como ya ha sido expresado, la evidencia física y los elementos materiales de prueba se recaudan en la etapa de indagación y de investigación por policías o investigadores<sup>27</sup>, según el caso, y nunca en el desarrollo del juicio oral, menos en la audiencia pública específicamente, donde las evidencias que tengan vocación de ser incorporadas, han debido hacer el camino desde su hallazgo, recolección, aseguramiento, descubrimiento, enunciación, solicitud, decreto y finalmente práctica, que no es otra cosa que esa mutación en que el elemento material probatorio o evidencia física se transforma en prueba, y donde se cuenta con un garante de los derechos fundamentales como es precisamente el Ministerio Público, sin dejar de mencionar que el juez también es un garante del orden constitucional, por lo que debe propender porque todas las actuaciones se surtan con respeto por los derechos de las personas que finalmente se constituyen en la garantía del respeto por la dignidad humana, fin constitucional.

Desde luego que es aceptable que en el juicio oral se puedan incorporar medios de prueba con afectación a normas legales, como sería el caso de omitir la presencia de la defensa de familia en la declaración de un menor, o el juramento, o algún trámite previsto normativamente según el medio de que se trate, pero ello, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia genera ilegalidad, al respecto la Corte Suprema ha definido la prueba ilegal,

así: “4.2 La *prueba ilegal* se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior.<sup>28</sup>(P. 16)

Urbano Martínez (Op cit) dice que la prueba ilícita puede ser inconstitucional o ilegal, entendiendo por la primera, la que es “*obtenida con violación de garantías fundamentales*”, la cual por mandato constitucional es “*nula de pleno derecho*”, teniendo como efecto necesario la exclusión de la actuación procesal. Y por prueba ilegal, entiende el autor citado, es la que se practica con violación del régimen legal de la prueba, e incluye la que se practica con afectación de los requisitos formales y concluye afirmando que esta prueba también genera la aplicación de la regla de exclusión” (P. 387).<sup>29</sup>

En conclusión, es necesario darle una interpretación sistemática de corte teleológico a los artículos 23 de la Ley 906 de 2004 y 29 inciso final de la Constitución, dado que deben armonizarse con los fines constitucionales previstos en el artículo segundo<sup>30</sup> de la Carta Fundamental, concretamente con la garantía y efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, que se materializan de forma clara, en el respeto a la dignidad humana; con la hermenéutica propuesta se garantiza de mejor forma o más amplia el derecho de las personas, concretamente en lo que hace relación a ser vencido en un juicio surtido con el cumplimiento del debido proceso; sin dejar de lado que la expresión evidencia corresponde de mejor forma a lo que se pretende con la norma que no es otra cosa, que no permitir que las autoridades públicas se excedan en sus funciones, afectando los derechos de los asociados, lo cual no es autorizado ni aún con el prurito de evitar la impunidad y lograr el derecho a la verdad y la justicia para las víctimas.

Frente al remedio procesal de la prueba ilegal Daza González (2009) afirma que la Corte Constitucional ha reconocido dos categorías de pruebas irregulares, la ilícita y la ilegal, entendiendo por ésta, la que se obtiene sin atender el debido proceso y demás formalidades, por lo tanto, el juez ante la presencia de vicios, debe proceder a excluir la prueba y adoptar su decisión con fundamento en las demás pruebas que obren, dado que la ausencia de cumplimiento de los requisitos legales no se proyecta a las demás pruebas (P. 123-144)<sup>31</sup>, así la exclusión del elemento de prueba sólo procede cuando la irregularidad es sustancial.

En cambio, en la evidencia ilícita el remedio procesal es siempre la exclusión pero lo que debe mirarse es si la ilicitud es originada por la comisión – en la obtención del medio- de un delito de lesa humanidad, evento en el cual no sólo se excluye la prueba sino que se nulita el proceso, tal como ya se analizó.

En este estadio parece claro que es del común entender que la evidencia ilícita debe ser excluida, incluso en algunos eventos declarando la nulidad de todo el proceso, pues así lo manda la Constitución y lo desarrolla la ley y lo ha interpretado la jurisprudencia, por lo que es pertinente establecer cuál es el momento procesal y por tanto, el juez competente, en el cual debe procederse a excluir la evidencia ilícita.

Es importante determinar o establecer cuál es ese momento procesal, puesto que como lo manifiesta Urbano Martínez (2005), cuando expone que en el sistema penal acusatorio, lo presupuestado es que un mínimo de casos vaya a juicio oral, siendo la mayoría de los asuntos resueltos por las vías prematuras como los preacuerdos y negociaciones, ello en razón a los elevados costos de un juicio, por tanto, aduce que son

muchas las ocasiones en que la sentencia condenatoria sea sustentada probatoriamente, sobre la base que al respecto pueden dar los elementos de prueba recaudados por la Fiscalía en la Etapa investigativa y concluye afirmando que: “De allí que, al menos en los supuestos de preacuerdos y negociaciones, las evidencias recaudadas por la Fiscalía General, si bien en estricto sentido no constituyen pruebas, si pueden constituir el fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal (Nota 37 P. 381)<sup>32</sup>, lo que permite concluir que hay ocasiones en que el juez de conocimiento va a decidir de forma definitiva el asunto, sin que haya debate preparatorio del juicio.

De otra parte, no hay duda que los jueces de control de garantías toman decisiones con fundamento en elementos materiales de prueba (evidencias en términos generales) que afectan o pueden afectar al implicado tal como ya se indicó párrafos arriba, basta recordar, como la más importante de ellas, la imposición de medida de aseguramiento, en relación con la cual debe contar con algunos elementos de prueba que le permitan hacer la inferencia razonable que le exige el artículo 308<sup>33</sup> de la Ley 906 de 2004.

En suma, es posible que se adopten determinaciones por parte de los jueces – conocimiento y/o garantías – con fundamento en evidencias ilícitas o ilegales, pues en el caso de los primeros se profieren condenas fundadas sobre la base de evidencias (EPM o EV) en las sentencias prematuras, en relación con las cuales no ha sido posible la exclusión en la audiencia preparatoria conforme lo dispone el artículo 360 ibídem, o sentencias condenatorias sobre la base de apreciar medios probatorios obtenidos de forma ilícita, en relación con los cuales se ha aplicado una interpretación que durante algún tiempo prohibió la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la decisión de exclusión se adoptaba en la

sentencia, es decir, era el juez de conocimiento quien decidía, una vez aducida la prueba tachada de ilícita, si la apreciaba junto con el demás haz probatorio para proferir su decisión, o si por el contrario, la excluía no apreciándola.

No obstante, considera Daza González (2009), que la exclusión de las evidencias ilícitas debe hacerse en la primera oportunidad posible, preferiblemente ante el juez de control de garantías, de forma que nunca llegue al juez de conocimiento el elemento de prueba contaminado de ilicitud, postura que va en contravía de la propuesta por la Corte Suprema de Justicia en la decisión bajo radicado 26310<sup>34</sup>.

Como puede verse, las Altas Cortes no están de acuerdo entre sí con cuál es el funcionario competente y con ello la oportunidad para excluir las pruebas ilícitas, siendo la posición de la Corte Constitucional la que en criterio de tratadistas como Daza, Parra y Urbano en el ámbito nacional y Maier, Chiesa y Armenta en el internacional, da mayor amplitud a la protección de derechos del implicado en el proceso penal, pues permite la exclusión de elementos materiales de prueba en cualquier etapa del proceso.

Parra Quijano (2009) dice: La cláusula de exclusión se puede ejercer en la etapa de la indagación, investigación, o en la etapa del juicio (P. 809)<sup>35</sup>, mientras que Urbano Martínez (2004) expone que: “el juez de control de garantías deberá aplicar la regla de exclusión de la prueba sin acceder a su contenido y tomar las decisiones que se le soliciten, medidas de aseguramiento por ejemplo, sin tener en cuenta como fundamento de su decisión las pruebas excluidas” (P. 389)<sup>36</sup>, y continúa afirmando que además, expresa urbano que la exclusión debe hacerse de tal forma que no sólo no sea tenida en cuenta al momento de tomar la decisión respectiva, sino además, que no pueda llegar nunca al juez

de conocimiento. Aduce que con tal acción, el juez de conocimiento ya no tendrá que admitir el elemento ilícito, darse cuenta de su poder de persuasión frente a la posible responsabilidad del acusado, para luego excluirlo. (P. 389)

Por su parte Daza González (2009), sobre el mismo punto en cuestión plantea que no se puede admitir que si ya se determinó que un elemento se ha recaudado de manera ilícita o ilegal, un juez – el de garantías- no lo tenga en cuenta para su decisión, quedando el asunto sometido a que sea el juez de conocimiento el que lo excluya de forma definitiva en la audiencia preparatoria, aduciendo que si el elemento se recaudó en forma irregular, tal circunstancia no se puede “sanear” con el paso del tiempo, de modo que el juez de garantías lo debe excluir de forma definitiva para que no vuelva a tener ningún efecto (P. 123-144).<sup>37</sup>

Todo lo anterior permite concluir que la evidencia ilícita debe ser excluida en aplicación de la garantía constitucional y el primer llamado a realizar tal exclusión es el fiscal que conoce del caso, pues cuando recibe las diligencias de la Policía Judicial y advierte el quebrantamiento de las garantías o derechos fundamentales del implicado, no hay ninguna norma, ley o principio que lo obligue a llevar una evidencia espuria ante los jueces, pero en caso que este funcionario no lo haga, debe hacerlo el juez de garantías, ya en la audiencia de control posterior que se lo impone y se lo permite según la jurisprudencia de la Corte Suprema supra citada o ya en audiencia especial para exclusión de la prueba, la que de acuerdo con lo afirmado por el doctor Daza (Op cit) y en lo que está de acuerdo este trabajo, el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 – permite la realización de una audiencia preliminar con tal propósito.



## **CAPÍTULO IV. CAUSAL PARA ATACAR EN CASACIÓN LA EVIDENCIA ILÍCITA**

En la actividad probatoria que se ejerce en la investigación y juzgamiento a pesar de la libertad de los medios y fuentes de prueba, existen limitantes en el proceso de aducción, práctica y valoración de la misma, que no es otra institución que el sistema de la sana crítica, comprendida por las reglas de la experiencia, principios de la lógica y reglas de la ciencia. La gran mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen los principios que regulan el debido proceso probatorio y las normas procedimentales, que a su vez consagran las regulaciones, requisitos y formalidades en el recaudo, ofrecimiento, recepción y su respectiva práctica, ya que, el valor suasorio del medio de conocimiento, es propio del razonamiento judicial del fallador con las limitaciones del sistema de la sana crítica.

Existen claras limitaciones que provienen del ordenamiento jurídico, empezando por la propia Constitución Política que otorga una protección especial al debido proceso y específicamente al debido proceso probatorio, la misma carta hace extensiva al bloque de constitucionalidad por el artículo 93 *ibídem*, entendiéndose las normas de derecho internacional y leyes de rango constitucional.

El profesor González Navarro (2011), “Desde una primera perspectiva las restricciones en general pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Estamos frente a las limitaciones absolutas cuando la ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones) y las relativas son aquellas

que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba, o cuando se restringe la posibilidad de probar determinados medios de prueba (p. 1007)”.

Básicamente constituyen las limitaciones a la producción, práctica y valoración, aquellas disposiciones que prohíben lo siguiente: a) un concreto tema objeto como objeto de prueba, tal situación sucede al proteger por ejemplo, el secreto profesional; b) la imposibilidad de utilizar ciertos medios de prueba, en protección de otros intereses que se estiman superiores en el caso concreto, ejemplo utilizar los informes policiales como prueba para acusar; c) declarar inadmisibles el uso de determinados métodos de prueba, como lo estableció la Corte Constitucional, en los casos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial; y d) constituido por los requisitos formales o condiciones para que la prueba sea introducida legalmente en el proceso.

Cuando estamos en presencia frente a elementos de prueba directamente viciados, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es uniforme en considerar que esa evidencia con vocación probatoria deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darle ningún valor suasorio al medio de conocimiento.

Lo anterior, sucede de forma teórica, porque puede suceder que pese a que si bien estas pruebas no pueden ser utilizadas para soportar la sentencia, si en muchas ocasiones, como lo afirma el profesor ASECIO MELLADO (1986), “han podido lograr el propósito, a veces perfectamente preconcebido, de transmitir una impresión al juez que difícilmente puede ser borrada de su inconsciente (p. 38)”.

En cambio, cuando se presenta pruebas indirectas derivadas de los medios cuestionados, existe divergencia en los efectos de aquellas pruebas, es decir, la incidencia de la prueba ilícita derivada gracias a la primera fuente que resulta declarada invalidada. Frente a esta problemática surgen tres soluciones, una posición conservadora, porque se admita y valore las pruebas ilícitas; la doctrina y la jurisprudencia, aplicar la tesis del fruto del árbol envenenado, lo que también se conoce la regla de exclusión y por ultimo una posición intermedia, donde afirman que no es posible establecer reglas fijas para admitir o excluir el medio de conocimiento ilícito, sino que debe establecerse caso por caso.

El problema relativo a la exclusión de la prueba derivada consiste en determinar en qué circunstancias y con qué condiciones las pruebas que se derivan de otras, denominada principal o primaria, ilícitamente obtenida han de ser también excluidas del material probatorio.

Revisando nuestro ordenamiento jurídico la regulación legal del instituto de la prueba ilícita es demasiado escasa, y mucho más, se evidencia en la normativa sobre la eficacia refleja de aquella o denominado los efectos de las pruebas derivadas. Es de señalar que, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, incorpora la regla de exclusión, sin embargo, en la disposición 455 ibídem, la condiciona o establece las excepciones a la regla general, como lo es: el vinculo atenuado, fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

La Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, declaró que la exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, sin embargo, consideramos que tal como se encuentra regulado la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico no sería constitucional

permitir excepciones a una protección fundamental, pareciera que la Carta Política de 1.991 trajo una figura jurídica de poca importancia consagrándola en el artículo 29 y luego regulado de forma general en la disposición 23 del Código de Procedimiento Penal. Recordemos que en Colombia lo que empieza como excepcional, temporal, terminado convirtiéndose en la regla general y permanente.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno al tema de la evidencia ilícita (prueba) e ilegal tiene una línea uniforme en cuanto a la causal de ataque en sede de casación, sin embargo, la regla de exclusión no tiene los mismos efectos jurídicos.

En la sentencia del 27 de abril de 1988, bajo el radicado 1634, mediante el salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas, pese que se confundía el término de prueba ilícita con prueba ilegal, ya se abría camino para la aplicación de la regla de exclusión, sin estar regulada en la norma de procedimiento penal.

### **1. Causal de Nulidad.**

De acuerdo como se encuentra ubicada la regla de exclusión, dentro del derecho fundamental del debido proceso y principio rectores y garantías procesales del Código de Procedimiento Penal, y la forma de redacción del mismo, obliga a imaginarnos que en el fondo lo que busca proteger es la validez del procedimiento y las actuaciones procesales, por ende, su vulneración y afectación de la estructura del debido proceso, es remediada por la nulidad procesal para sanear aquello objeto de vicios o yerros jurídicos.

En un principio, las vulneraciones de la validez de las pruebas ilícitas e ilegales, dada la equiparación de estas últimas, su ataque en sede casacional, no era otra que la causal de nulidad, porque la disposición normativa menciona que ante la presencia de pruebas que viole el debido proceso será nula de pleno derecho, es decir, que no surten efectos jurídicos a la vida jurídica y que no requiere de pronunciamiento judicial previo, sino que el legislador anticipa su destino.

Como lo expresa la profesora Giacomette Ferrer (2013), El concepto de afectación del debido proceso, se midió en grado de afectación, si aquel era mínimo o relevante, para así tomar la decisión de declarar su nulidad o exclusión (p. 169).

La anterior postulación fue tomada por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, ya que, para la Corte Suprema de Justicia cuando se trate de irregularidades menores que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta necesaria la aplicación de la regla de exclusión. No obstante, hay que tener en cuenta que la evidencia que se declara viciada no siempre corrompe todo el proceso, a menos que se trate de un medio de conocimiento de tal connotación que sin ésta, la sentencia sería de manera distinta.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, determina que cuando la ilicitud de la prueba (evidencia) es producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extraprocesal, la sanción no sólo es su exclusión sino la nulidad del proceso hasta el hecho generador de la misma.

## **2. Causal de violación indirecta de la ley sustancial.**

A partir de la jurisprudencia de 2004, la invocación de la falta de las formalidades exigidas por la ley para practicar o aducir el medio de prueba, la causal de ataque en sede casacional, es el error de derecho por falso juicio de legalidad y lo mismo sucedía cuando la prueba ha sido irregularmente allegada al proceso, y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión.

En la sentencia del 6 de febrero de 2005, radicado 18.103, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal dijo: “El error de por falso juicio de legalidad gira alrededor de la validez jurídica de la prueba, o lo que es igual, de su existencia jurídica (concepto que no debe ser equiparado con el de existencia jurídica), suele manifestarse de dos maneras: a) cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, le otorga validez jurídica porque considera que cumple las exigencias formales de producción, sin llenarlas (aspecto negativo); y, b) cuando se la niega, porque considera que no las reúne, cumpliéndolas (aspecto negativo)”.

Es de reconocer, que los ataques por errores probatorios de la ley, se presentan por la causal tercera, conocida como violación indirecta de la ley sustancial, sin embargo, ante la presencia de eventualidades, donde el fallador deja de aplicar la consecuencia jurídica de la regla de exclusión, no es el camino adecuado para su ataque en sede casacional.

## 5. TESIS PROPUESTA

Con la expedición de la Constitución Política de 1.991, se introduce el instituto de la prueba ilícitamente obtenida y sus consecuencias derivadas de ella; ya que, en el sistema legal anterior, en los eventos de un medio de conocimiento ilícito no se le aplicaba la sanción de nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia, sino que la misma era objeto de discrecionalidad del juzgador y en últimas, se constituía en soporte probatorio para edificar una sentencia condenatoria.

Como bien lo expone el académico González Navarro (2011) “Mediante la Carta Política de 1991 se introdujo y se constitucionalizó en nuestro ordenamiento jurídico la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso o de las garantías fundamentales y de materializar los fines del Estado de orientación personalista (P. 1000).

Una vez analizado nuestro nuevo sistema de investigación y enjuiciamiento penal, la manera de concebir los principios que consagran el procedimiento y la manera de ejercer las distintas etapas procesales, el artículo 29 de la Carta Política, debe ajustarse a lo modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y las instituciones propias del sistema adversarial.

La importancia entre distinguir pruebas ilícitas y las pruebas ilegales, en un proceso dado, son los resultados que el medio de conocimiento produce, porque de ello se pueden obtener evidencia incriminatoria, confesiones no voluntarias, contaminación de elementos materiales probatorios, prueba no confrontada, que dependiendo de su distinción al mismo

tiempo se conoce su tratamiento jurídico en el procedimiento, si se trata de prueba ilícita se debe excluir de la actuación según lo consagra el artículo 29 inciso final de la Constitución o 23 de la Ley 906 de 2004, en cambio, en las pruebas ilegales depende del grado de afectación del debido proceso, es decir, si aquella atenta contra la estructura del proceso se debe excluir o en caso contrario, quedará al valor que considere el jugador en su apreciación racional con la única limitante de las reglas de la sana crítica.

Siguiendo al maestro Chiesa Aponte (1995) “La regla de exclusión es una totalmente basada en consideraciones de política pública, sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad” (p. 184).

En los varios modelos de investigación y enjuiciamiento penal que existen en el mundo, indistintamente, de cuál es el momento procesal para plantearla, las causales que la consagran, el funcionario judicial competente de estudiarla, quien debe invocarla, al menos son unánimes en aceptar la regla de exclusión cuando se traten de prueba ilícitamente obtenidas para soportar una decisión judicial.

Si realizamos una interpretación exegética con enfoque semántico del artículo 29 de Constitución Política, estaré de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, sin embargo, haciendo uso de la hermenéutica sistemática la situación es otra, porque la introducción del sistema adversarial a través del Acto Legislativo 03 de 2002, implica que las normas constitucionales deben ajustarse al modelo de enjuiciamiento penal adoptado, no podemos de hablar del principio de permanencia de la prueba, sino de evidencia que puede adquirir la connotación de prueba, en otras palabras, de evidencia con vocación probatoria, es decir,



que se llamará prueba siempre que se lleve a juicio y se someta a confrontación, lo cual, insisto la interpretación del debido proceso probatorio debe entender que el significado de prueba hace también alusión a la evidencia o elemento material probatorio.

Por último, es por eso, que la ilicitud de la prueba empieza desde la actividad investigativa de la policía judicial, es decir, que los actos de investigación que revistan la calidad de evidencia con vocación probatoria que adolezca de ilicitud, puede ser solicitada su exclusión en cualquier momento procesal, no siempre en la preparatoria, y que mejor en las audiencias preliminares ante jueces de control de garantías, para evitar muchos errores judiciales, como sería soportar medidas de detenciones preventivas de los imputados, sentencias condenatorias por aceptación de cargos o preacuerdos en evidencia ilícita, y jamás llegará a ser prueba, ya que, porque no ingresa al juicio o si ingresa contamina la imparcialidad del juzgador al conocer de la licitud probatoria.

Teniendo como premisa jurídica la regla de exclusión como mandato constitucional y legal, el operador judicial, al estar presente ante la aplicación de dicha regla no tiene otra salida que excluir la evidencia o prueba de carácter ilícito, ya que, sus efectos son de inexistencia y rechazo del acervo probatorio.

En el proceso de adjudicación del derecho, ante la presencia de la comprobación de una evidencia o prueba ilícita, y el juzgador decide ignorar la aplicación de la regla de exclusión, ya sea, porque la ignora o porque considera que el supuesto fáctico no se adecua, la sentencia objeto de censura puede ser atacable por la violación directa de la ley sustancial, por la falta de aplicación o aplicación indebida del artículo 29 Constitucional y el 23 de la Ley 906 de 2004.

Cuando no encontramos en presencia de medios de prueba ilícitos, el fallador no está en la potestad de realizar una valoración de la prueba para analizar si le otorga en principio credibilidad y razón suficiente para tomar la decisión de excluirla o no resto del acerbo probatorio, sino que la propia Constitución y la ley, le asigna una valor a la misma, que no es otro que la nulidad de pleno de derecho, que se traduce en la exclusión física del medio del caudal probatorio.

Cuando el juzgador de garantías o de conocimiento, está ante la presencia de pruebas ilícitas e inclusive de pruebas ilegales de afectación esencial, no debe realizar valoración alguna, sino la aplicación de la regla constitucional de la exclusión del medio probatorio o en ciertos casos de la nulidad de todo el proceso.

Por lo anterior, que en los casos donde existen sentencias condenatorias soportadas en evidencias o pruebas ilícitas, producto de la denegación de la aplicación de la regla general de exclusión, dicho error judicial podrá ser atacado en sede casacional por la aplicación indebida, la falta de aplicación o interpretación errónea del artículo 29 Constitucional inciso final o del 23 de la ley 906 de 2004.

Para concluir, si nuestro ordenamiento establece disposiciones para la garantías de derechos fundamentales, como sucede con la regla constitucional y legal de la exclusión probatoria, su falta de adjudicación por parte del juzgador en estas eventualidades, no queda otro camino que plantear la casual primera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, es decir, la violación directa de la ley sustancial.

## CONCLUSIONES GENERALES

El Sistema de juzgamiento criminal acorde con el Estado Social de Derecho, tiene igualmente, un régimen probatorio que le es propio, pues respeta los principios democráticos connaturales con el sistema político.

Podemos decir que, Colombia es uno de los pocos países en que la regla de exclusión está prescrita constitucionalmente, por tanto, se constituye como un valor y principio fundamental que debe ser aplicado e interpretado de forma que se garantice de manera más amplia en favor de las personas vinculadas a los procesos penales.

La Policía Judicial es una función asignada a ciertos organismos del Estado cuyo deber es apoyar la investigación penal, el cual ha de ser técnico y científico, la cual puede actuar por iniciativa propia o por asignación del fiscal correspondiente quien a su vez es el director de dicha investigación. Dicha labor les fue asignada a ciertos organismos por la ley y puede ser ejercida de manera permanente, especial, transitoria y supletoria.

La Policía Nacional lleva a cabo dos actividades o funciones de vital importancia para nuestro país, una preventiva y otra de policía judicial, totalmente distintas, la primera con fundamento constitucional y su fin es garantizar la convivencia y libertades públicas, dicha labor o función la materializa la policía administrativa o de vigilancia; mientras que la labor o función de policía judicial tiene su fundamento en nuestro C.P.P. y su objeto es apoyar la investigación penal.

Por su esencia, tanto la función preventiva como la de policía judicial están sometidas a ciertas limitaciones legales, la administrativa en su facultad “autorizada” para registros no puede excederse en esa actividad so pena de transformar la misma en una inspección corporal porque estaría invadiendo la órbita de intimidad del afectado y vulnerarle derechos fundamentales como dignidad humana, intimidad entre otros.

Existen tratadistas que suelen confundir el concepto de evidencia con prueba, no obstante es claro que la evidencia como tal no es prueba, pero tiene vocación de llegarse a convertir en prueba.

El Estado, como titular del poder correctivo de conductas contrarias a las normas de convivencia, no puede dentro del proceso penal, emplear cualquier medio a su alcance para hallar la verdad, pues en esa búsqueda, debe respetar los derechos fundamentales y las formas legalmente establecidas, en favor de quien resulta ser más débil en la contienda procesal – el implicado.

Una interpretación acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho de los artículos 29 inciso final de la Constitución y 23 del Código de Procedimiento Penal, es aquella en que la expresión “prueba” que emplean las normas citadas, se entienda como “evidencia”, con lo cual se protege de manera más amplia y coherente con el sistema, el debido proceso y de contera la dignidad humana, como fin esencial de la forma de Estado adoptada en Colombia.

Debe ser el juez de control de garantías el funcionario competente para excluir evidencia ilícita o ilegal, y debe hacerse de forma tal, que no pueda llegar al juez de conocimiento, es decir, la exclusión debe ser física y no solamente formal.

Las evidencias recaudadas con pretermisión de los derechos fundamentales o de las formas legales, deben ser excluidas del trámite procesal y no puede permitirse que tengan efectos para tomar ninguna determinación judicial.

Dentro de la normatividad vigente en Colombia, el artículo 238 de la Ley 906, permite la audiencia preliminar para excluir la evidencia ilícita o ilegal.

Dado la importancia de la evidencia con vocación probatoria, obtenida desde los primeros actos investigación, que luego puede ser objeto de valoración judicial, es aquella institución la que requiere la protección de la cláusula de exclusión, ya que, se obtiene poner límites a la actuación del Estado en la investigación penal por afectación de garantías y derechos fundamentales protegidos desde la propia Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico.

El elemento material probatorio o evidencia física es tan importante, en cuanto a su licitud y legalidad, al punto que sobre el mismo se sustentan decisiones judiciales que afectan derechos y garantías fundamentales del individuo, máxime cuando sobre el mismo se puede proferir una sentencia de carácter condenatorio, sin siquiera haber adquirido la connotación de prueba, tal y como ocurre en los eventos de allanamiento a cargos y a los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y Defensa.

Consecuente con lo anterior, y los planteamientos de la Corte Constitucional, máxime intérprete de la Carta Política, debe aceptarse que el escenario propicio para que se dé la exclusión probatoria, no solo es la audiencia preparatoria del juicio oral, sino que por el contrario puede darse en cualquier momento de la actuación procesal donde ésta emerja, como sustento y fundamento de una solicitud o pretensión judicial, que impetre una de las partes.

Resulta relevante concluir, dada la marcada influencia jurídica continental europea en nuestro medio, que frente a la existencia de una prueba ilícita, la solución jurídica adecuada sería la declaratoria de nulidad procesal. Pero según se demostró ello no es así, pues en este tema, en concreto, opera la filosofía del sistema anglosajón, según la cual las pruebas ilícitas y sus derivadas deben ser excluidas, no generando la declaratoria de la anulación de la actuación procesal; simple y llanamente la prueba ilícita y sus derivadas no se tienen en cuenta, no se valoran, y se separan de la actuación, sin que ello obligue a su reconstrucción. Salvo los casos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales.

Finalmente ante la presencia de la no adjudicación de la regla de exclusión en los supuestos de configuración de evidencia ilícita, por parte del juzgador en la sentencia, se debe atacar el error judicial, a través del recurso extraordinario de casación por la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea, ya que, el problema jurídico planteado es la no adjudicación del derecho, cuando se cumple el supuesto de hecho de la norma constitucional y legal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Armenta Deu, Teresa. (2007). La Verdad en el Filo de la Navaja. Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita. En Revista Ius et Praxis 13.
- Armenta Deu, Teresa. (2011). La prueba ilícita (Un estudio comparado), Segunda Edición, Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Asencio Mellado, José María (1986). La prueba garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2. Revista de poder judicial. ISSN 0211-8815.
- Bedoya Sierra, Luis Fernando,(2008), La prueba en el sistema penal colombiano, (1ª Ed), Bogotá. Editorial Comlibros.
- Chiesa Aponte, Ernesto L. (2005) Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I. Publicaciones JTS Luigi Abraham – Editor Estados Unidos: Reimpresión Primera Edición.
- Daza González, Alfonso (2011). La Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal frente a los fines del Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá. Departamento de Publicaciones Universidad Libre.
- Daza González (2006), Alfonso. La Prueba obtenida con violación a las Garantías Fundamentales y su Exclusión en la Ley 906 de 2004. En Prolegómenos Derechos y Valores. Universidad Nueva Granada. Volumen 9, junio – diciembre Bogotá D.C.
- Daza González, Alfonso, (2008). Policía Judicial en la Práctica. (1ª Ed), Colombia: Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A.
- Daza González, Alfonso. (2009) Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. En Revista de Derecho Penal. No. 27 abril – junio de 2009. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Legis.

- Giacomette Ferrer, Ana. (2013). Teoría General de la Prueba. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá D.C.
- González Navarro, Antonio Luís. (2011). "Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio", Bogotá. Editorial LEYER.
- Ferrajoli Luigi, (2004) Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. Sexta Edición. Madrid. Editorial Trotta.
- Juárez Mariano Gabriel. (2012) Requisa y Exclusión de la Prueba en la Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (Un aliciente para que la Corte Suprema Argentina escape al “preferiría no hacerlo”). En Revista de Derecho y Criminología. Volumen 33 Número 94 enero-junio de 2012.
- Herrera, E & Cortés J, (2011). Prueba Ilícita y Prueba Ilegal - Criterios de Diferenciación (Maestría), Universidad Libre.
- Mora, R & Sánchez. M, (2007). La evidencia física y la cadena de custodia dentro del procedimiento penal acusatorio, (1ª Ed), Colombia: Editores Gráficos Colombia Ltda.
- Parra Quijano, Jairo. (2009). Manual de Derecho Probatorio. Decimoséptima Edición, Bogotá D.C., Librería Ediciones El Profesional.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. (2005). El Nuevo sistema acusatorio. (1ª Ed), Colombia: Bogotá. Editorial Intermedio.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. (2004) Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. En Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano. Bogotá D.C: Consejo Superior de la Judicatura.
- Urbano Martínez, José Joaquín (2004) La Prueba Ilícita y la Regla de Exclusión, en Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. “Los Grandes Desafíos del Juez Colombiano” Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura



Zuleta, J., Loaiza, G., Noreña, L., 2012, Código Penal, (3ra Ed), Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

## **JURISPRUDENCIA**

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

Corte Constitucional. Sentencia C -591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2006. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2 de marzo de 2005, Rad. 18103, MP. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16 de mayo de 2007. Rad. 26.530 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 15 de Octubre de 2008, Rad. 29626, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

## CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Caso Arizona Vs Gant.

Caso Miranda Vs Arizona

Caso Thornton vs. United States.

Caso New York vs. Belton.

---

### CITAS

<sup>1</sup> Daza González (2006), Alfonso. La Prueba obtenida con violación a las Garantías Fundamentales y su Exclusión en la Ley 906 de 2004. En *Prolegómenos Derechos y Valores*. Universidad Nueva Granada. Volumen 9, junio – diciembre Bogotá D.C. (Páginas 111 – 126)

<sup>2</sup> Chiesa Aponte, Ernesto L. (2005) *Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I*. Publicaciones JTS Luiggi Abraham – Editor Estados Unidos: Reimpresión Primera Edición 2005.

<sup>3</sup> *Ibídem*

<sup>4</sup> *Ibídem*

<sup>5</sup> New York vs. Belton, caso en el que un oficial de policía conduciendo su automóvil es rebasado por otro automóvil excediendo el límite de velocidad permitido en ese camino. El oficial se da a la persecución y eventualmente detiene el auto y, al examinar los documentos de los cuatro ocupantes del vehículo y cotejarlos con los documentos de propiedad del vehículo descubre que ninguno es el dueño del mismo. Seguidamente ordena a los hombres salir del automóvil y les registra en busca de armas o drogas. Mientras se encontraba en esa labor, el oficial nota en el interior del automóvil un sobre marcado “Supergold”, que él identifica como un tipo comúnmente utilizado para distribuir marihuana, aunado a un aroma de marihuana quemada. Acto seguido, arresta a los cuatro ocupantes del automóvil, y les ubica en lugares diferentes de la carretera, lejos del automóvil y procede a buscar en el interior del automóvil. Allí encuentra una chaqueta de cuero propiedad de uno de los ocupantes del vehículo, abre uno de los bolsillos y encuentra cocaína. El propietario de la chaqueta fue acusado de posesión de una sustancia controlada (cocaína). El acusado entonces solicitó que esta

última evidencia fuese excluida del juicio alegando que fue obtenida en violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución, lo que la División de Apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York aceptó, pero que la Corte de Apelaciones de Nueva York rechazó. Se discute además con mucho detalle una excepción, fijada ya por precedente, para casos como este. Se le conoce por el nombre del acusado en el caso, Chimel. La excepción dicta que un oficial de policía quien ya haya efectuado un arresto que ponga a un sujeto en custodia puede llevar a cabo una requisita sin “orden judicial de búsqueda” de dicho sujeto y su área de alcance inmediato, entendiendo esto último como el área hasta la cual el sujeto pueda obtener control de un arma o de evidencia destructible. (Este caso fue encontrado por los investigadores en internet en la página de la Corte Americana y la traducción del mismo la realizó Daniel Eduardo Trujillo Medina, traductor acreditado por la U. Nacional de Colombia como tal).

<sup>6</sup> Thornton vs. United States, caso en el que en su opinión dos jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos se oponen a la decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en el mismo asunto del que trata el caso New York vs. Belton, que se debatía acerca de la legalidad de la búsqueda de compartimentos de un vehículo de propiedad de un sospechoso, después de su arresto por sospecha de existencia de evidencia o armas que pudieran poner en peligro la integridad física del oficial de policía que efectúa el arresto. Los jueces que difieren del fallo -en este caso- argumentan que les parece irracional pedir a un conductor que abra su maletín para que un oficial de policía pueda examinar sus contenidos. Además de lo anterior, los jueces argumentan que ninguno de los casos que daban lugar a los precedentes entonces en vigencia, a saber New York vs. Belton y Chimel vs. California, presentaban una situación similar a la que Thornton vs. United States, la cual era el arresto de un sujeto que no se encontraba en su vehículo en el momento de su arresto. En un arresto de estas características, argumentan los jueces, la integridad física del oficial de policía ya no está en peligro, lo que descarta la necesidad de una requisita sin una “orden judicial de búsqueda” en el automóvil del sujeto arrestado. Agregan los jueces que la única justificación para extender el alcance del fallo del caso de New York vs. Belton es el interés en descubrir evidencia potencialmente valiosa. En ese caso, los jueces sostienen que el fallo en el caso no es claro en cuanto al alcance de la autoridad del oficial de policía para llevar a cabo una búsqueda en el vehículo de un sospechoso, puesto que el fallo sostiene que el derecho del oficial de policía para llevar a cabo tal búsqueda se puede extender a un ocupante reciente del vehículo, pero el fallo no explica cuánto tiempo se debe considerar como “reciente”, debido a una falta de información del caso. Así, los jueces citan el caso New York vs. Belton, en el que el fallo determina que cuando una persona no sabe cómo una corte aplicará un principio ya establecido a una situación real, la persona no puede tampoco conocer el alcance de la protección constitucional a que tiene derecho, tanto como el oficial de policía involucrado, no puede conocer el alcance de su autoridad. Los jueces entonces establecen que sin un principio que limite estas excepciones, estas podrían acarrear ampliaciones descontroladas de la excepción del automóvil, motivada por los casos New York vs. Belton y Chimel vs. California, por lo que deciden estar en desacuerdo con la decisión. (Al igual que en el anterior caso, el documento soporte fue encontrado en la página de internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la traducción del mismo se encargó a Daniel Eduardo Trujillo Medina, traductor acreditado por la U. Nacional de Colombia).

<sup>7</sup> Juárez Mariano Gabriel. (2012) Requisita y Exclusión de la Prueba en la Jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (Un aliciente para que la Corte Suprema Argentina escape al “preferiría no hacerlo”). En *Revista de Derecho y Criminología*. Volumen 33 Número 94 enero-junio de 2012 P. 37 – 59.

<sup>8</sup> Caso Arizona Vs Gant, en el cual la policía está haciendo vigilancia a una casa por presunto delito de narcotráfico, finalmente arresta a Gant con orden escrita por conducir sin licencia, luego se le requisita el vehículo estacionado, hallando en su interior un arma y una papeleta de cocaína, evidencias que fueron excluidas por la suprema Corte de Arizona al considerar que el motivo de la captura no autorizaba a los policiales a realizar la requisita al rodante, con lo cual se fortalece la Cuarta Enmienda sobre prohibición de registros e incautaciones irrazonables.

<sup>9</sup> Chiesa aduce: “Hay unas reglas clásicas y muy arraigadas de materia privilegiada, fundadas en consideraciones de política pública, como fomentar las buenas relaciones entre los cónyuges, [14] entre el abogado y el cliente, [15] entre el médico y paciente, [16] entre sacerdote y feligrés, [17] etc. [18] En otros casos se pretende proteger el derecho al voto, [19] los secretos comerciales, [20] secretos de Estado o de

---

gobierno. [21] Otras reglas de exclusión toman en consideración la política pública a favor de fomentar las transacciones, [22] las alegaciones preacordadas, [23] la reparación o corrección de la situación que da lugar a un accidente, [24] y hasta la caridad. [25] En estos y en otros casos, la pertinencia y el valor probatorio ceden ante consideraciones de política pública”.

<sup>10</sup> El Profesor Urbano Martínez (2004) expresa: “Esta correspondencia entre el sistema procesal penal y el modelo autoritario o democrático propio de un Estado debe tenerse muy presente cuando se trata de plantear una reflexión sobre el régimen de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal colombiano, pues permite comprender que tal régimen se ha impuesto no como una concesión graciosa del constituyente constituido colombiano, sino como una necesaria consecuencia de la sujeción del Estado y, por tanto, del sistema penal a los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del poder político en las democracias constitucionales y a las demandas sociales de razonabilidad en la práctica de la prueba. (Op. Cit P. 312).

<sup>11</sup> Regla 20 A. “Evidencia del carácter de una persona o de un rasgo de su carácter no es admisible cuando se ofrece para probar que en una ocasión específica la persona actuó de conformidad con tal carácter”

<sup>12</sup> Sección 10. “No se violará el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables. No se interceptará la comunicación telefónica. Sólo se expedirán mandamientos autorizando registros, allanamientos o arrestos por autoridad judicial, y ello únicamente cuando exista causa probable apoyada en juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar a registrarse y las personas a detenerse o cosas a ocuparse”.

<sup>13</sup> En el caso *Miranda Vs Arizona* la Corte asumió varios casos que tenían como factores comunes que los acusados estaban bajo custodia de la policía, detectives o fiscales, aislados, cuando fueron interrogados obteniéndose confesiones orales y en tres casos escritas, con las que posteriormente fueron condenados al ser admitidas en juicio, por ello, se decidió que la Fiscalía no puede utilizar declaraciones inculpativas obtenidas cuando la persona está privada de la libertad, en las condiciones antes dichas, y para poder utilizar dichas aceptaciones de cargos, debe la Fiscalía demostrar que uso salvaguardas procedimentales efectivas para garantizar el privilegio contra la inculpativa de la Quinta Enmienda.

<sup>14</sup> Regla 18. Principio General. (A) Excepto cuando de otro modo se disponga por ley o por estas reglas, toda evidencia pertinente es admisible. Evidencia no pertinente es inadmisibile. (B) Evidencia pertinente es aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante.

<sup>15</sup> Regla 19 Evidencia Pertinente Excluida. Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio es de poca significación en relación a cualesquiera (sic) de estos factores: (a) Peligro de causar perjuicio indebido. (b) Probabilidad de confusión. (c) Desorientación del jurado. (d) Dilación de los procedimientos. (e) innecesaria acumulación de prueba acumulativa.

<sup>16</sup> Daza González, Alfonso. (2009) Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. En *Revista de Derecho Penal*. No. 27 abril – junio de 2009. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Legis 123 – 144.

<sup>17</sup> Armenta Deu, Teresa. (2007). La Verdad en el Filo de la Navaja. Nuevas Tendencias en Materia de Prueba Ilícita. En *Revista Ius et Praxis* 13 (2): 245 a 377. Ver en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art14.pdf>

<sup>18</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo. (2004) Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá D.C: Consejo Superior de la Judicatura, 25 - 72.

---

<sup>19</sup> En primer término se plasma como escenario de descubrimiento probatorio el previsto en el artículo 337 numeral 5, es decir, con la presentación del escrito de acusación; más adelante se encuentra regulado en la audiencia de formulación de acusación en el artículo 344 y para la defensa, está previsto en el artículo 356 numeral segundo, dónde debe este interviniente descubrir, en favor de la Fiscalía, los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretende hacer valer en el juicio oral.

<sup>20</sup> Artículo 356 – 3 de la Ley 906 de 2004

<sup>21</sup> Artículo 357 de la Ley 906 de 2004

<sup>22</sup> Artículo 359 de la ley 906 de 2004

<sup>23</sup> Daza González (2006), Alfonso. La Prueba obtenida con violación a las Garantías Fundamentales y su Exclusión en la Ley 906 de 2004. En *Prolegómenos Derechos y Valores*. Universidad Nueva Granada. Volumen 9, junio – diciembre Bogotá D.C. (Páginas 111 – 126)

<sup>24</sup> Op cit.

<sup>25</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Ver <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba>

<sup>26</sup> Artículo 109 de la Ley 906 de 2004.

<sup>27</sup> Evidentemente, en el nuevo procedimiento de enjuiciamiento criminal, la actividad probatoria adelantada por los investigadores de policía judicial de acuerdo con lo normado en el artículo 205 de la Ley 906 y en algunas ocasiones hay evidencias o elementos materiales de prueba que son recaudados por la Policía Nacional, conforme lo prevé el artículo 208 del mismo ordenamiento procesal.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 18103 de 2 de marzo de 2005. MP. Edgar Lombana Trujillo.

<sup>29</sup> Urbano Martínez, obra citada.

<sup>30</sup> ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

<sup>31</sup> Daza González, Alfonso (2009) Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. En *Revista de Derecho Penal*. No. 27 abril – junio de 2009. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas legis 123 – 144.

<sup>32</sup> Urbano Martínez Joaquín. Prueba Ilícita y Regla de Exclusión. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura 307-409

<sup>33</sup> ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26.530 de 16 de mayo de 2007 MP Sigifredo Espinosa Pérez

---

<sup>35</sup> Parra Quijano, Jairo (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones Del Profesional.

<sup>36</sup> Urbano Martínez. Op. Cit.

<sup>37</sup> Daza González, Alfonso (2009) Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. En *Revista de Derecho Penal*. No. 27 abril – junio de 2009. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Legis 123 – 144.