

“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO”

BEATRIZ ELENA FRANCO ISAZA
CAMILO ESCOBAR VALENCIA



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO
POSGRADOS VIRTUALES – CONVENIO CON LA U DE M
MEDELLÍN
2012

“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO”

BEATRIZ ELENA FRANCO ISAZA - 42.765.002 y
CAMILO ESCOBAR VALENCIA - 75.077.373.

Especialización Virtual Derecho Probatorio Penal



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO
POSGRADOS VIRTUALES – CONVENIO CON LA U DE M
MEDELLÍN
2012

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO 1. LA PRUEBA ASPECTOS GENERALES	11
1.1 LA NECESIDAD DE LA PRUEBA	11
1.2 LA LÓGICA DE LA DESCONFIANZA EN EL PROCESO PENAL. COMO REGULADOR DE UN PROCESO PENAL DEMOCRÁTICO - LA PRUEBA PÚBLICA SU SUSTENTO	14
1.3 CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA JUDICIAL	16
1.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	19
1.5 VALIDEZ, EFICACIA, UTILIDAD Y FINALIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.	23
1.6 VERDAD, FIN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL, LIMITES A SU ALCANCE	25
CAPITULO 2. PRUEBA ILÍCITA	31
2.1 ORIGEN DEL CONCEPTO	31
2.2 QUÉ ES LA PRUEBA ILÍCITA Y SU DIFERENCIA CON LA PRUEBA ILEGAL	33
2.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES A LOS QUE RESPONDE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA	34
2.4 CONSECUENCIAS Y EFECTOS	37
2.4.1 Exclusión	40
2.4.2 Nulidad del Proceso	42
2.4.3 Efectos frente a la Prueba Derivada o Vinculada con la Ilícita	42
2.4.3.1 Vinculo Atenuado	42
2.4.3.2 Descubrimiento Inevitable	43
2.4.3.3 Fuente Independiente	45
2.4.4. La Prueba Ilícita en el Derecho Comparado.	46

2.4.4.1 Sistema Norte Americano	46
2.4.4.2 Algunas Legislaciones de América Latina	48
2.4.4.3 Sistema Procesal Penal Europeo Continental	51
CAPITULO 3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES	56
3.1 CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	58
3.2 CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	61
3.3 REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES AL TRATAMIENTO DE LAS PRUEBAS REFLEJAS O DERIVADAS DE LA ILÍCITA	65
CAPITULO 4. ASPECTOS PROCESALES	68
4.1 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECISIÓN DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA	69
4.2 ETAPA PROCESAL EN LA QUE SE DEBE ALEGAR LA EXCLUSIÓN Y SU DIFERENCIA CON LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES EN DONDE SE CONTROLA LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN	73
4.3 PRUEBA ILÍCITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES, VÍA DE HECHO Y POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO NO SE DECIDE EL FONDO DEL ASUNTO CUANDO SE ALEGA LA EXCLUSIÓN DE UNA PRUEBA QUE SE CONSIDERA ILÍCITA.	78
5. CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83

RESUMEN

El sistema procesal penal regulado en la ley 906 de 2004 con tendencia acusatoria, contiene claros mandatos que desarrollan el inciso final del artículo 29 de la constitución nacional, por lo tanto cualquier prueba obtenida con vulneración del debido proceso es nula de pleno derecho y se debe excluir de la actuación. Diferenciando los conceptos de prueba ilegal y prueba ilícita se determinarán las consecuencias jurídicas de esta última, ratificando el papel fundamental que tiene la prueba para el logro de los fines del proceso penal, todo ello enmarcado dentro del sistema de Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVES: Prueba ilegal, prueba ilícita, regla de exclusión, principios probatorios, fines del proceso penal, verdad, fines constitucionales del proceso penal, Estado Constitucional.

ABSTRACT

The penal procedural system regulated in the law 906 of 2004 with accusatory tendency, It contains clear mandates to develop the final paragraph of the article 29 of the national Constitution, Therefore any evidence obtained with vulneracion of due process is null void and should be excluded from acting. Differentiating between the concepts of illegal evidence and evidence illicit are determined the legal consequences of this last, by ratifying the fundamental role of the test for the achievement of the purposes of criminal proceedings, All of this framed within the system of constitutional State.

KEY WORDS: illegal evidence, illicit evidence, Exclusion rule, Evidentiary Principles, purposes of criminal proceedings, truth, Constitucional purposes of the criminal process, Constitucional State.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas una de las transformaciones más relevantes que ha tenido el ordenamiento jurídico Colombiano en los últimos años, ha sido la implementación de la ley 906 de 2004 por intermedio de cual se da vida a un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que tiene como función principal, implantar un debido proceso penal acorde con los lineamientos de un estado constitucional, democrático y respetuoso de los derechos fundamentales.

Proceso penal que se caracteriza entre otras cosas, según las normas constitucionales y legales que lo rigen, por garantizar el derecho a la presunción de inocencia, por la separación de funciones entre investigación y juzgamiento, por la presencia de un juez de control de garantías que tome las decisiones en la etapa de investigación que tienen que ver con la limitación de derechos fundamentales, por establecer un régimen de la libertad estricto en el que la detención preventiva sea la excepción y por trasladar el eje central del procedimiento al juicio, que debe ser público, oral, concentrado, contradictorio y con inmediación de las pruebas.

Con esta última característica, se resalta a su vez, la prueba como herramienta fundamental para poder tomar una decisión en el proceso penal, pues fuera que se impone la prohibición de decretar pruebas de oficio, se cambia radicalmente el concepto de prueba, pues debemos entender que esta será única y exclusivamente la que se practique en el juicio oral, salvo las excepciones contempladas en la ley como la prueba anticipada y la de referencia.

Esta diferencia, aparentemente sutil, tiene gran relevancia en el desarrollo del proceso y deroga el principio de permanencia de la prueba, que dominaba el proceso penal que se regía con la ley 600 de 2000.

Este “principio” consistía en que no solo la prueba era decretada, practicada y muchas veces valorada por un mismo funcionario encargado de la investigación, sino que la misma se hacía por escrito, sin posibilidad de contradicción y se anexaba al expediente para que esta permaneciera allí durante todo el tiempo hasta que fuera valorada (mucho tiempo después de practicada) por el funcionario judicial que tuviere que tomar la decisión.

Este modelo, fuera de tener los evidentes inconvenientes de valoración de la prueba pues esta era practicada en frente de un funcionario totalmente diferente del que la tenía que valorar, contrariando el principio de inmediación de la prueba, que muchas veces era practicada sin la intervención activa de la defensa, contrariando el principio de contradicción de la prueba y que se recibían testimonios de terceros que no tenían relación directa con el hecho percibido (prueba de referencia); al permanecer físicamente dentro del proceso, era imposible aplicar, efectivamente su exclusión, cuando se afirmaba que era ilícita o ilegal.

Es decir, el juez de conocimiento tenía acceso a la prueba, así ésta ya hubiere sido decretada ilícita o ilegal y a pesar de estar contaminado con ella, tenía que hacer una operación de tipo intelectual, para no valorar esa prueba en sus fundamentos de condena.

Por tal razón y a pesar de estar en plena vigencia el inciso final del artículo 29 de la constitución nacional según el cual “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso” la efectividad de este imperativo estaba en entredicho, pues nunca era claro cuando se aplicaba esta regla de la exclusión probatoria, estos es, teóricamente la prueba se excluía, pero permanecía dentro del expediente, asequible al funcionario fallador.

Con las modificaciones realizadas con la ley 906 de 2004, queda claro que prueba es únicamente la practicada en el juicio oral, con las excepciones antes señaladas, por lo tanto si está viciada con alguna causal que permita su exclusión, dicha discusión se da en una etapa procesal anterior al juicio y por lo tanto en caso de proceder tal causal, la prueba nunca llegará, si quiera, a practicarse y por lo tanto no contaminara al juez que tiene que tomar la decisión.

Así las cosas podemos decir que uno de los fines fundamentales de la prueba en un proceso penal, es ayudar a que se conozca la verdad de lo ocurrido y por lo tanto lograr la condena de los responsable de una conducta delictiva, sin embargo dicha verdad no puede ser lograda a toda costa y se deben respetar unos lineamientos legales, precisamente allí, la importancia de la regla de la exclusión de la prueba.

Este delicado tema, confluye en todo lo relacionado con la prueba ilícita, que será el objetivo principal de este trabajo, para ello se darán en primer lugar las aclaraciones necesarias sobre el tema de la prueba en general, su necesidad, los principios generales que la rigen, sus condiciones de valides sus fines y objetivos primordiales, dejando claro el tema epistemológico de la verdad, y su búsqueda no solo como fin de la prueba en sí, sino como fin constitucional del proceso penal.

Posteriormente se aclarará conceptualmente el concepto de prueba ilícita y su diferencia con la prueba ilegal así como resaltar los principios constitucionales que rigen la regla de la exclusión de la prueba y nombrar claramente los efectos de esta regla y las consecuencias procesales precisas de su declaración tanto para la prueba directa como para la que se obtiene como consecuencia de la declara ilícita o que deriva de esta.

El trabajo se apoyará en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema que se trata, tanto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como de la

Corte Constitucional, para confluir en los aspectos específicamente procesales de la regla de exclusión de la prueba, como por ejemplo en que etapa procesal se predica, por cual funcionario judicial y las consecuencias procesales de dicho pronunciamiento.

Como se puede observar, a pesar de tratarse de un tema específicamente del debido proceso penal, se refiere a su vez al cumplimiento de los fines mismos del estado, por tal razón el trabajo resalta que todo, hace parte de un gran sistema, que no es otro que el denominado estado constitucional de derecho dentro del cual el debido proceso es una herramienta que debe siempre mirar hacía ese fin, por lo tanto, resaltar la propuesta de un proceso penal constitucionalizado, que garantice y haga efectivo los derechos fundamentales, no solo de los indiciados, imputados o acusados sino también de las víctimas y de la toda la sociedad en general.

CAPITULO 1. LA PRUEBA ASPECTOS GENERALES

1.1 LA NECESIDAD DE LA PRUEBA

Si nos preguntamos sobre la necesidad de la prueba judicial, la respuesta, en un sistema jurídico altamente positivizado como el nuestro, la encontramos resumida radicalmente en los artículos de los códigos procesales que resaltan que las decisiones de un juez, solo pueden ser tomadas, cuando estén respaldadas por una prueba que le demuestre sin lugar a dudas que los hechos afirmados por las partes corresponden con la realidad.

Es así como el artículo 174 del código de procedimiento civil advierte que: “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” y les impone a las partes la carga de la prueba pues son estas quienes “deben demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (artículo 177 código de procedimiento civil).

Por sus parte el código de procedimiento penal consagra que: “las pruebas tienen por fin llevar el conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal de acusado, autor o partícipe.” (artículo 372).

Algo similar se regula en el código de procedimiento laboral en el que se afirma que: “el juez al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo” (artículo 60).

La ley 600 de 2000 en su art. 232 contempla el mismo principio: “Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación...”

Todo ello resumido en una orden de nivel constitucional según la cual “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (artículo 29 constitución nacional).

pero todas estas normas tienen su razón de ser, su sentido y su existencia misma, solo si se les interpreta sistemáticamente, es decir, con el convencimiento, que hacen parte de un sistema aún más general, que tiene unos principios, unos valores, unos ideales y unos fines específicos.

Ese sistema no es otro que el estado constitucional de derecho, basado en los principios de legalidad, dignidad y respeto de los derechos de las personas que pertenecen a ese estado.

Estado además que ha confiado la resolución de sus conflictos a un tercero, que en este caso no es otro que la RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO, independiente, autónoma y cuyos funcionarios deben garantizar la imparcialidad en sus actuaciones y están, obligatoriamente, atados al cumplimiento de la ley, simplificando lo anterior, podemos decir que los jueces al resolver los conflictos que se le ponen de presente, solo pueden hacerlo, interpretando las leyes que previamente han sido diseñadas para ello. (Artículos 29 y 230 de la constitución nacional).

De esta manera se garantizan tres cosas de suprema importancia para un sustento práctico del estado de derecho; (i) que las personas no van a resolver los conflictos por su propio medio, (ii) que los jueces serán imparciales en la resolución de esos conflictos y (iii) que al momento de resolver esos conflictos no lo harán basados en su íntima convicción sino por el contrario, con criterios racionales y basados en el cumplimiento de lo que la ley les ordena, esto es, la valoración racional de las pruebas allegadas en el momento oportuno a la actuación judicial.

Así las cosas y según lo expuesto hasta el momento, queda clara, la respuesta que desde la misma legislación le damos a la pregunta sobre la necesidad de la prueba judicial.

Pero ¿De dónde viene esta necesidad, cuál es su origen?

Nosotros no encontramos otra respuesta que la que se la da al origen mismo o al nacimiento del estado y que se resume en el pacto o contrato social, pero en su concepción negativa de la naturaleza del ser humano, según la cual el hombre (antes del contrato social) vivía en un estado permanente de guerra, de lucha continua de todos contra todos, en el que solo sobrevive el más fuerte y en el cual no puede prosperar ningún vestigio de civilización.

Pero también en el que se la da al ser humano un concepto, desde el punto de vista antropológico, netamente negativo, pues para estos teóricos el hombre es por naturaleza, desconfiado, egoísta, traidor, vengativo, mentiroso y cruel¹.

Por lo tanto ese pacto social, permitió pasar al hombre de un estado de “barbarie” a un estado civilizado, cediendo un poco de su libertad y confiando en un tercero tanto su seguridad como la solución de sus problemas.

Así las cosas, y con el desarrollo de los pueblos que confiaron su estructura en esta base teórica y filosófica se fueron perfeccionando los modelos judiciales a los que hemos hecho referencia , que tienen como base la prueba para la toma de decisiones judiciales y que imponen la valoración racional en la toma de dichas decisiones.

¹ Al respecto se puede consultar las teorías de la creación del estado en Hoobes con su libro “El Leviathan” y de Maquiavelo con su libro “el príncipe” por ejemplo HOBBS afirma que al hombre lo caracteriza un incesante afán de poder que solo cesa con la muerte y que solo puede asegurar su poderío y los fundamentos de su bienestar adquiriendo más poder. Por su parte Maquiavelo en su príncipe afirma: “de los hombres puede decirse en general que son ingratos, volubles, simuladores y simulados que huyen de los peligros y están ávidos de ganancias”

Para el proceso penal, esto es básico, porque no se están tomando decisiones que afectan el patrimonio de una persona o sobre su estado civil o laboral sino que se decide sobre la libertad misma de la persona, por ello, podríamos decir que, el proceso penal, está basado en la lógica de la desconfianza, pues no se puede creer de buenas a primeras la versión de una sola persona, así sea esta la víctima de un atroz delito y esos dichos deben ser demostrados.

Ahora bien, aclarado lo anterior, podemos hacernos otra pregunta ¿Si ese es su origen, cuál es su finalidad?.

Pues no es otra que producir cierta clase de conocimiento en el juez que como ya dijimos anteriormente es un conocimiento limitado a “los hechos y circunstancias materia del juicio” y que, siguiendo la finalidad de un estado de derecho, ese conocimiento debe tener una correspondencia con la verdad, con lo realmente ocurrido, sin embargo sobre este concepto de verdad, que tiene su propia dificultad, volveremos más adelante, por ahora, nos interesa profundizar en lo que denominamos la lógica de la desconfianza, que sirve de fundamento y estructura para la toma de decisiones judiciales, por lo menos cuanto del proceso penal se trata.

1.2 LA LÓGICA DE LA DESCONFIANZA EN EL PROCESO PENAL. COMO REGULADOR DE UN PROCESO PENAL DEMOCRÁTICO - LA PRUEBA PÚBLICA SU SUSTENTO

Hablar de la lógica de la desconfianza en el proceso penal para nada contraría aquel principio fundamental de la buena fe consagrado en nuestra constitución nacional en su artículo 83 según el cual: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” pues se trata de dos postulados totalmente diferentes, ya que según la estructura del

proceso penal, es necesario actuar bajo la lógica de la desconfianza, ya que la simple afirmación de la existencia de un hecho no basta para su declaración como cierto y el juez definidor del proceso, solo puede declararlo cuando esté absolutamente demostrado con las pruebas legalmente allegadas a la actuación, por esa razón en principio, debe “desconfiar” de todas esas afirmaciones y no decidirse por una de ellas hasta tanto no tenga el convencimiento que es cierta, conocimiento que no puede ser construido bajo su íntima convicción, sino luego de un proceso racional de valoración de dichas pruebas. Esta lógica y como veremos más adelante, se concreta de manera clara en la denominada prueba material.

De otro lado, el concebir el proceso penal, bajo esta lógica, nos confirma su existencia como un proceso penal constitucionalizado, democrático y que ayuda a conseguir los fines esenciales de un estado de derecho, es decir un proceso público, contradictorio y con inmediación de las pruebas, pues resulta evidente que: “no es lo mismo que una persona sea condenada o absuelta de un delito en un juicio abierto a la vista de la sociedad, en presencia de un juez, después de un proceso de depuración de la evidencia y en donde tanto la parte acusadora como la acusada tuvieron la oportunidad plena de presentar sus alegatos, pruebas y testigos en igualdad de condiciones, que en un proceso cuyos ejes fundamentales están perdidos entre cientos o miles de hojas de papel que nadie lee (porque humanamente es imposible hacerlo), donde el juez estuvo ausente y muchas de las pruebas fueron prevaloradas por la parte acusadora, y cuando el imputado ya lleve días, meses e incluso años privado de su libertad.”²

En este sentido, buscando entonces principios básicos del proceso penal como son la búsqueda de la verdad y la aplicación material de la justicia, el proceso penal con tendencia acusatoria, cuyo eje central gira en el juicio oral con inmediación de las pruebas y cuya práctica debe ser pública y contradictoria,

² BAYTELMAN Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación penal, juicio oral y prueba. Fondo de Cultura económica, p. 19 y 20.

encontramos que es la aplicación o extensión de los postulados de un estado constitucional en el cual se garanticen por lo menos los siguientes conceptos:

- La presunción de inocencia.
- La intermediación procesal
- La contradicción procesal
- La publicidad
- La concentración procesal
- La economía procesal
- Y la oralidad.³

La lógica de la desconfianza se puede resumir entonces en estas palabras “Nadie tiene porque creer que esto es lo que la parte que lo presenta dice que es, simplemente porque ella lo diga”⁴ y ese nadie, se refiere ante todo al juez de conocimiento que apenas entra en contacto con el caso en la etapa del juicio oral y debe garantizar la imparcialidad en su actuar.

1.3 CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA JUDICIAL

Respetando los lineamientos de lo que hemos planteado hasta el momento, entendemos que el concepto de prueba judicial, es apenas una parte (fundamental sí) de un sistema que pretende legitimar la intervención de derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, la locomoción, entre otros, que son relativizados por el derecho penal y que a su vez hace parte de un sistema más complejo, que procura como fin primordial la convivencia pacífica y armónica entre los seres humanos.

³ En este sentido véase la obra citada, en el pie de página anterior. p. 18 y 19.

⁴ Ibid., p. 284.

Por tal razón podemos decir que la prueba judicial es una herramienta que se utiliza para tratar de demostrar los hechos que se consideran delictivos, reconstruirlos de la manera más fiel posible y que tiene como finalidad llevar el conocimiento al juez de esos hechos para que este con la mayor certeza posible pueda declararlos y efectuar sobre ellos las consecuencias jurídicas que la ley dispone, consecuencias que son de una seriedad absoluta pues conllevaría, en el caso de una sentencia condenatoria, nada más y nada menos que la privación de la libertad de una persona.

Para decirlo con mayor claridad, hacemos eco de las palabras de uno de los doctrinantes más reconocidos en el tema de la prueba judicial cuando afirma que: “en el mundo del proceso, la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas. El juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor sería imposible la aplicación de las normas.”⁵

Así las cosas, y encuadrando la prueba judicial dentro de todo el contexto del estado constitucional y concibiéndola como una herramienta fundamental para el cumplimiento tanto de los fines generales de este, como de los fines constitucionales del proceso penal, concretamente para que se logre descubrir la verdad y aplicar la justicia, entendemos que la prueba tiene una naturaleza o una característica especial y es que es eminentemente legal y formal, es decir, su recolección, práctica, adecuación y acreditación se debe ceñir a lo regulado estrictamente en la ley, pues a pesar que la búsqueda de la verdad sea un fin esencial del proceso penal, esta no se puede conseguir a cualquier precio, por ello es que están prohibidas (y ese será tema esencial del presente trabajo) las pruebas obtenidas con vulneración del debido proceso y las conseguidas contrariando la ley o irrespetando derechos fundamentales.

⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. p. 1.

Por tal razón y para que se entienda que existe un verdadero derecho procesal penal constitucionalizado, en armonía con el cumplimiento de los principios democráticos y estructurado en un sistema de tinte acusatorio, es necesario resaltar la importancia de lo consagrado en el inciso final del artículo 29 de la constitución nacional según el cual “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.”

Postulado que es desarrollado por un principio general del proceso penal colombiano, que ordena que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”⁶

Ahora bien, otro elemento identificador de la prueba judicial, es el fin para el cual está diseñada, que no es otro, que buscar la comprobación de los hechos, así las cosas podemos decir que “el criterio central del juicio de hecho es que la prueba sirve para controlar el grado de correspondencia entre la hipótesis fáctica y la realidad empírica.”

“La decisión judicial debe fundamentarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual y en conjunto”⁷

Por último debemos decir, que esa comprobación de los hechos que van encaminados a la búsqueda de la verdad, debe estar matizada en cuanto al concepto mismo de lo que se entiende por verdad pues no podemos ser ajenos a los quiebres epistemológicos que ha tenido este concepto, en donde se ha llegado

⁶ Artículo 23 ley 906 de 2004.

⁷ PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba Judicial Análisis y Valoración.. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. P. 41.

al extremo de afirmarse que si es imposible acercarse a la verdad absoluta en cualquier sistema de conocimiento, mucho menos en el proceso penal, en donde, para algunos, se logra una simple “verdad formal” es decir, se reduce y simplifica el concepto de verdad, a lo decidido finalmente por el juez de conocimiento, sin importar si esta decisión tiene algún grado de correspondencia con lo ocurrido en una realidad empírica. Problema de naturaleza altamente compleja que será abordado con más detalle en otro aparte de este escrito.

1.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Al mirar la estructura del proceso penal Colombiano, se mira al mismo tiempo la estructura del Estado Constitucional de derecho al cual se adscribe el constituyente (pueblo de Colombia) al darle vida a un régimen específico de estado que pretende garantizar el respeto a los derechos individuales, fundarse en el respeto de la dignidad humana y lograr objetivos de paz, armonía y convivencia social.

Y no puede ser de otra forma, porque estamos hablando de un “sistema” por lo tanto unido y coordinado en cuanto a las partes que lo componen con una coherencia filosófica y una armonía en su estructura, por lo tanto el debido proceso, o lo que debe ser el proceso, no es más que el desarrollo de uno de los fines esenciales del estado.

Ahora bien, el debido proceso está consagrado de manera concreta en el artículo 29 de la constitución nacional pero su contenido no se agota allí, pues existen otras normas de rango constitucional que tratan el tema procesal, normas que están desarrolladas en los diferentes códigos, a través de principios, por lo tanto con un alto contenido prevalente e imperativo en cuanto a su cumplimiento.

Y si hablamos de debido proceso penal, ya involucramos de manera directa el respeto y la guarda máxima de los derechos fundamentales, porque se trata de limitar el gran poder que tiene el estado de castigar conductas que considera criminales con una consecuencia extrema en algunos casos, como lo es la pérdida de la libertad.

Por tal razón, el proceso penal no puede estar desarrollado de cualquier manera sino dentro de unos parámetros que puedan ser verificables en términos de verdad, igualdad, equidad y transparencia lo que deriva en la escogencia de un método que se compadezca con estos fines, que no puede ser otro que el método científico, en otras palabras, la investigación que es la hipótesis que presenta la fiscalía, tiene que demostrarse a través de una pruebas, para que lleven el convencimiento a un tercero imparcial sobre la comisión de la conducta punible y la responsabilidad de quien se está acusando, advirtiendo que ese tercero imparcial no puede valorar las pruebas bajo su propio arbitrio, sino y por el contrario ceñido a unas reglas de producción y apreciación de ese material para emitir una conclusión final, la que obligatoriamente tendrá que estar debidamente motivada.

Es aquí en donde resaltamos la importancia de la principios probatorios en el proceso penal colombiano, pues si afirmamos que la única manera de condenar a alguien es a través del convencimiento que las pruebas llevan al juez, dichas pruebas no pueden estar sometidas al azar, sino que por el contrario, están “controladas” por una serie de principios que garanticen su efectividad, por lo tanto los principios que rigen las pruebas tienen una doble finalidad, garantizar que se recauden de manera efectiva, leal, eficaz, legal y autentica y obligar al juez de conocimiento que las valore, no bajo su propio arbitrio sino bajo unas reglas que debe conocer, respetar y aplicar.

Y a pesar que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en la existencia de unos principios unificados y por lo tanto los mismos no los encontramos positivados de manera concreta y ordenada, es clara la existencia de los mismos, por lo tanto obligatorios al momento de ser aplicados, fuentes de interpretación y ayuda innegable en la resolución de casos complejos.

Por ello, resulta coherente clasificar la existencia de dichos principios en: (i) principios específicamente probatorios y (ii) principios procesales específicamente aplicables a la prueba, en donde los primeros tienen que ver con la producción y valoración de la prueba y los segundos con su integración y respeto en el sistema constitucional al hablar de igualdad, lealtad, contradicción, publicidad, presunción de inocencia etc.; sin temor a equivocarnos, podemos decir entonces que los principios específicamente probatorios deben de todas maneras respetar los principios procesales, pues todo lo que tiene que ver con la recolección, producción y valoración de la prueba se debe enmarcar en aquellos otros principios ya mencionados.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta el momento y relacionándolo ahora con algunos de los fines constitucionales del proceso penal como lo es la búsqueda de la verdad material y la aplicación de la justicia material, tenemos que los principios referentes a la producción y recolección de la prueba están atados íntimamente a estos fines, pues no se pueden recoger y producir las pruebas en un debido proceso penal de cualquier manera y la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia no justifican la arbitrariedad en este sentido, es decir a ellas se debe llegar mediante el respeto al debido proceso y por consiguiente a las garantías y derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en la investigación de una conducta criminal.

Así las cosas, la necesidad, la legalidad, la conducencia y pertinencia, la oportunidad y la finalidad de la prueba, se convierten en pilares básicos para la

entidad encargada de realizar la investigación concientizando que del respeto a estos principios depende la legalidad de toda la actuación.

Ahora bien, una vez recogidas todas las pruebas se produce un debate sobre la admisión de estos elementos al proceso y superado esta etapa viene primero, el desarrollo de la práctica de la prueba en sí y luego su valoración, que como ya vimos también está controlado y regulado por unos principios (conocimiento para condenar, valoración conjunta de la prueba y sana crítica), que van a garantizar una decisión razonable e imparcial.

En este último sentido es importante resaltar que si bien el juez de conocimiento tiene libertad al momento de valorar la prueba y la ley no le impone una valoración concreta, también es cierto que dicha valoración no se sujeta al capricho del juzgador por que como ya vimos la misma debe ser razonable, no caprichosa y sobre todo motivada y sustentada en un método que como ya mencionamos tiene que ver con la sana crítica, respaldado en la lógica, los principios de la ciencia, los desarrollos de la tecnología y las reglas de la experiencia.

Vemos entonces que la clasificación de los principios probatorios en el proceso penal colombiano nos entregan claridad al reafirmar la existencia de dichos principios y la obligatoriedad en el cumplimiento de los mismos. Pero que además se deben mirar de manera integradora, siempre basados en los fundamentos del estado constitucional de derecho sin olvidar que se trata de un sistema, del cual el derecho penal y procesal penal no es más que una de sus partes y que por involucrar la intervención en derechos fundamentales debe guardar al máximo el respeto a dichos derechos. El respeto de dichos principios es un parámetro importante e imprescindible en la búsqueda de aplicación de dichas garantías.

1.5 VALIDEZ, EFICACIA, UTILIDAD Y FINALIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Hasta este momento hemos visto como la prueba judicial y específicamente en el proceso penal, se convierte en una herramienta importante y definitiva para lograr los fines constitucionales del proceso penal, pero que además se trata de un término polisémico toda vez que el concepto de prueba alude a la vez a la relación entre el medio de prueba y la verificación o refutación de afirmaciones sobre hechos, a las inferencias probatorias relativas al razonamiento judicial, en virtud del cual se establece que un hecho resulta probado y a las actividades de las partes y el juez, orientadas a una consideración procesal de datos empíricos que permita tomarlos como pruebas⁸.

Todo ello relacionado (se insiste) con el cumplimiento de los fines del estado social y constitucional y por lo tanto, atado al cumplimiento de unos principios que definimos como principios específicamente probatorios y como principios procesales aplicables a la prueba.

Ligados entre sí por un imperativo constitucional que regula la exclusión de la prueba del proceso penal, cuando esta sea obtenida con violación del debido proceso y vulneración a derechos fundamentales, lo que constituye en últimas el objetivo del presente trabajo, pues recordemos que todo estos elementos tienen van orientados a que exista claridad sobre el tema de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, es absolutamente necesario hablar sobre la validez, eficacia y finalidad de la prueba, pues estos conceptos derivan directamente en la legalidad de la prueba, que como ya dijimos, es de su propia naturaleza, ya que está atada indefectiblemente a ese principio de legalidad teniendo en cuenta que no de

⁸ Ibid., p. 18 a 37.

cualquier manera se pueden conseguir esos elementos que pretenden demostrar un hecho relevante.

La razón de la afirmación anterior es sencilla, pues si la prueba penal está regulada por estrictos lineamientos legales, es lógico que, para ser practicada, se someta a filtros que revisen su validez, su pertinencia, su eficacia y su utilidad y todo ello, revisado e interpretado bajo el concepto de la finalidad o el objetivo de la prueba dentro del proceso.

No pretendemos agotar con este trabajo, los requisitos que deben cumplir los elementos materiales probatorios para convertirse en prueba, pues los objetivos del mismo no están encaminados a esta labor, pero es importante mencionarlos, toda vez que de su observancia estricta depende la legalidad o licitud de la prueba como tal y fuera de ello nos marca las pautas de un tema importante que será tratado en un capítulo posterior y que tiene que ver con las etapas procesales en las cuales se realizan estos estudios y se puede decidir con claridad si un elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida puede convertirse en prueba y practicarse en el juicio oral.

Por ahora, baste recordar que la finalidad de la prueba en el proceso penal es llevar el convencimiento al juez, sobre la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado, y ello teniendo en cuenta que esas declaraciones, deben asumirse con una correspondencia con lo realmente ocurrido, por lo tanto, podemos decir que la finalidad de la prueba es la construcción de la verdad.

Pero como ya lo hemos advertido, el tema de la verdad, es algo sumamente complejo, que no podemos dejar de lado, debido a que de su construcción teórica depende en gran parte la existencia y legitimación misma del proceso penal, que como tantas veces lo hemos mencionado, tiene un fin constitucional claro y es, precisamente, la búsqueda de la verdad material.

1.6 VERDAD, FIN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL, LIMITES A SU ALCANCE⁹

De lo expuesto hasta el momento, podemos sacar una primera y gran conclusión y es que el debido proceso se convierte en un método necesario para la solución de los conflictos que se presentan dentro de una sociedad y que dicho método no es sino el desarrollo de postulados fundamentales de lo que se conoce como Estado Constitucional.

Ese debido proceso, comprende necesariamente el derecho a la verdad, tanto para los intervinientes en el proceso penal como para la sociedad en general. Y ese derecho a la verdad se configura como un valor superior y como un fin del estado como conceptos axiológicos estrechamente ligados.

La Sala Penal de la Corte Suprema de justicia de Colombia ha ratificado lo anterior por ejemplo cuando advierte que:

“baste precisar en primer lugar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, como que se contraría a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas si la finalidad del proceso, fuera la mentira, la falacia o el sofisma.”¹⁰

Sin embargo la pregunta que surge es ¿A qué verdad se refiere?

Ello por cuanto desde la teoría misma del conocimiento e incluso para las ciencias exactas, desde hace algunas décadas se ha puesto en duda que se pueda llegar a una verdad absoluta, por lo tanto esa premisa para las ciencias

⁹ Para desarrollar este tema, se tomó la idea presentada en el texto “EL DERECHO A LA VERDAD” de Velásquez Herrera Rosmery, publicado en el libro “Reflexiones sobre el sistema Penal Acusatorio”

¹⁰ Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Expediente 28432 del 5 de diciembre de 2007.

sociales es aún más valedera, lo que ha llevado a los pesimistas a advertir que en el proceso a lo máximo que puede llegarse es a una verdad formal, limitada a lo que se demuestra y que no importa si la misma se corresponde o no con los hechos que originaron la existencia del proceso mismo.

Adelantemos, que el proceso penal, basado en un modelo epistemológico garantista¹¹ acepta que llegar a la verdad absoluta es una utopía imposible de alcanzar y que la existencia misma del estado es un límite a esa búsqueda de la verdad, pues se tienen que respetar unas reglas y no se puede conseguir a cualquier modo.

Es importante resaltar para entender esa conclusión, que a pesar que la ciencia del derecho, sigue utilizando en gran medida el método empírico analítico en el proceso penal, en las investigaciones criminales y en la valoración de las pruebas, en las ciencias sociales en general, se ha producido un quiebre epistemológico en cuanto al objeto mismo de investigación, al que se le ha denominado como “giro lingüístico” y que pretende demostrar que la verdad ya no está basada en el objeto sino en el lenguaje y por lo tanto el método científico cambia radicalmente pues ya no será simplemente experimental y basado en la simple observación de las causas y los efectos sino uno comprensivo basado o realizado a través del método hermenéutico, por lo que se puede decir que mientras las ciencias naturales explican, las ciencias sociales comprenden e interpretan los fenómenos sociales.

Se acepta además como criterio fundamental para la comprensión de esos fenómenos sociales, la complejidad del ser humano como tal y la de las relaciones que establece, por lo tanto la diversidad de métodos que deben emplearse para su estudio, por lo tanto al hombre y a la sociedad que él construye no se le puede estudiar disciplinariamente sino interdisciplinariamente y siempre teniendo como

¹¹ Véase en este sentido a FERRAJOLI, Luigi en Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal.

punto de vital importancia el lenguaje, pues es una característica inescindible y que nos identifica como seres y nos diferencia de los demás vivos.

Según esta visión, podemos afirmar que la verdad de lo que vemos, es en gran parte una verdad construida por el mismo ser humano y por lo tanto una verdad socio cultural.

Si estamos afirmando que la verdad es en gran parte socio cultural, que es una verdad que se construye a través del lenguaje, debemos ahora decir que deben existir unos criterios racionales para dicha construcción, que sean válidos universalmente para obtener consensos, criterios a los que se les ha denominado como “criterios de valides de los enunciados científicos”.

Ahora bien, es importante relacionar el tema que estamos tratando con el de la finalidad de la prueba, corriendo el riesgo de sonar repetitivos: el orden sería el siguiente:

1. La finalidad de la prueba en el proceso penal es la búsqueda de la verdad
2. La prueba es regulada por el procedimiento penal y por lo tanto sometida a valoraciones de validez, licitud, eficacia y utilidad.
3. El proceso penal es solo un subsistema dentro de uno más grande denominado estado constitucional de derecho.
4. Este estado también tiene como finalidad la verdad y la justicia como conceptos axiológicos estrechamente ligados.
5. Existe conciencia que la verdad absoluta es imposible alcanzarla inclusive en la más pura teoría del conocimiento.
6. Las ciencias sociales pueden acceder al estudio de la búsqueda de esa verdad pero aceptando la complejidad del ser humano y de las relaciones que este establece y por lo tanto estudiado interdisciplinariamente.

7. En todo este estudio el lenguaje es esencial porque nos diferencia como humanos
8. El método de las ciencias sociales es comprensivo – hermenéutico
9. El debido proceso penal es una herramienta eficaz para lograr la solución de conflictos y es a su vez una construcción socio cultural.
10. Esa construcción que se hace utilizando el lenguaje, se hace a su vez utilizando criterios racionales que se pretenden universales para llegar a consensos que permitan la vida en sociedad.

Así las cosas, llegamos al tema complejo de la verdad procesal, que no es más que una verdad aproximativa pero que tiene que tener necesariamente una correspondencia con los hechos que originan una investigación de naturaleza penal, verdad procesal que acepta la imposibilidad de alcanzar la verdad absoluta y que se mueve entre la completa ignorancia, la duda, la posibilidad y la probabilidad.

El juez debe tener certeza para emitir una sentencia condenatoria, pero solo se puede mover dentro de los límites del debido proceso, que son a su vez contruidos a través de unos criterios de validez acordados desde: (i) la constitución, (ii) la ley y (iii) la jurisprudencia.

Nos movemos entonces dentro del modelo epistemológico garantista, que ha pretendido llegar a esos consensos para justificar la actuación del derecho penal, consensos que se pueden resumir en las preguntas de como y cuando: prohibir, juzgar y castigar. Ello como exigencias de un modelo de verdad que legitimen el castigo y la pena

Modelo que a su vez propone unos criterios de verificación para tratar de garantizar la actuación correcta e impedir las decisiones arbitrarias, dichos criterios son:

- De verificación jurídica
- De verificación probatoria
- De verificación fáctica.

Se acepta entonces que en el proceso penal se llega a una verdad relativa de los hechos, en cuanto aproximación al mundo real, todo concebido dentro del ordenamiento jurídico (modelo procesal garantista) que exige que el método escogido para juzgar conductas criminales no tenga como único objetivo la fijación de los hechos en el derecho, sino también debe promover de forma necesaria otros valores, es decir la búsqueda de la verdad no es libre ni puede sujetarse a cualquier medio.

En este punto es necesario recordar las palabras de un juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando afirmó en una de sus providencias que:

“Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos, y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno”¹².

Por todas estas razones es que si bien es cierto el objetivo principal de la prueba penal es la búsqueda de la verdad material, también es cierto que ese no es el único objetivo del proceso penal en sí, pues el proceso está atada a otros fines de igual importancia que deben ser respetados con igual ímpetu, por ejemplo, la imparcialidad del funcionario que decide la actuación penal,

¹² WENDELL HOLMES, Oliver. Caso miranda.

Por ser de claridad extrema, creemos importante terminar este tema, con las palabras de la corte constitucional que refiriéndose al mismo adujo:

“El proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez (...) En este esquema la actuación judicial solamente procede a petición de parte (...) El juez no sólo está impedido para practicar pruebas de oficio sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presenten a su consideración. No es correcto ligar por sí sólo el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella (...) la imparcialidad del juez es precisamente la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento.”¹³

¹³ Corte Constitucional de Colombia. SC. 396 de 2007.

CAPITULO 2. PRUEBA ILÍCITA

2.1 ORIGEN DEL CONCEPTO

Es preciso señalar que en diferentes ordenamientos jurídicos, desde su normatividad, jurisprudencia y doctrina el concepto de prueba ilícita ha sido también utilizado de manera análoga con otros términos, no obstante las precisiones que definen el tema la que más relación encuentra en la acepción de la prueba ilícita que se ha hecho en otros países es la de prueba prohibida.

Dicha aclaración es pertinente a fin de establecer de manera acertada, los orígenes del tratamiento jurídico de la prueba ilícita, en este sentido es preciso señalar que ya desde el año 1903 Ernst Beling definió que *“La prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial*¹⁴.

Lopez-Barja De Quiroga manifestó que las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional y de ellas se deduce, que solo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto ésta sea compatible con los derechos fundamentales, debido a que su actuación debe sujetarse a las normas que con tal fin han de existir¹⁵.

¹⁴ ASECIO MELLADO, José María. La Prueba Prohibida y Prueba Pre constituida. Madrid: Trivium, 1989 p. 81-8

¹⁵ LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989- p. 83-84

La corte Suprema Federal Alemana, dice al respecto: No es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad debe ser investigada a cualquier precio, ha de considerarse que el fin de averiguar y sancionar los hechos punibles es ciertamente de la mayor importancia, pero no puede constituir siempre y bajo cualquier circunstancia interés prevalente del estado, el respeto de los derechos fundamentales es el límite de los poderes públicos en su lucha contra la criminalidad, de ahí que Eberhard Struensee concluya: “quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad¹⁶”.

El fundamento radica en que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguna utilizado, ni mucho menos puede ser esgrimido por el Juez como fundamento para su sentencia, ya que se debería considerar como no realizado.

En la actualidad la posición legal y doctrinal respecto a la prueba ilícita como afirma Fabricio Guariglia va de acuerdo al modelo de Estado, indicando que se presentan dos modelos: El Primero denominado Control del delito ó El Estado-Policía es administrativo y gerencial, el interés de un estado poderoso en castigar a todos los culpables, que exige una averiguación ilimitada de la verdad. El Segundo conocido como del Debido Proceso ó modelo de Estado de Derecho, contradictorio y judicial¹⁷, el interés del Estado de Derecho exige una limitación de las pesquisas estatales, a fin de salvaguardar los derechos de los inocentes y especialmente los derechos fundamentales.

¹⁶ STRUENSEE, Eberhard: La Prueba Prohibida, en Revista Peruana de Ciencias Penales, año II N° 4, Lima, 1994. p. 667

¹⁷ GUARIGLIA, Fabricio: Las prohibiciones probatorias, en AA. VV.: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993. p. 19

2.2 QUÉ ES LA PRUEBA ILÍCITA Y SU DIFERENCIA CON LA PRUEBA ILEGAL

En palabras del Doctor Jairo Parra Quijano, tratadista colombiano, la prueba ilícita es “aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”¹⁸, nos lleva a afirmar que existe diversidad sobre el tratamiento y clasificación de la denominada pruebas ilícitas.

Por su parte M. Miranda Estrampes, E. Jauchen y Cafferata Nores, distinguen entre prueba ilícita o prohibida, como aquella en donde se violan derechos fundamentales en las fuentes mismas de la prueba, y la prueba ilegal, como aquella en donde se violan previsiones normativas probatorias a nivel de medios de prueba.

La prueba ilícita hace referencia a la obtenida con violación de derechos fundamentales, y la ilegal es aquella en cuya producción se han pretermitido requisitos legales, es la que se adopta mediante actuaciones ilegales que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

La prueba ilícita y la ilegal comparten algunos efectos comunes y otros diferenciadores, es así como al tenor de lo dispuesto en el art. 29 de la Constitución Política, tanto la prueba ilícita como la ilegal deben excluirse, no tienen existencia jurídica, es por ello que se dice que en ambos eventos la prueba será “nulos de pleno derecho” y que sus efectos se transmiten a las demás pruebas que dependan o sean consecuencia de ellos, a aquellos que sólo puedan

¹⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 16ª ed; Bogotá: Librería ediciones del profesional, 2008, p. 26

explicarse en razón de la existencia de las pruebas excluidas, en atención al principio que indica que las inexistencias jurídicas no pueden dar lugar a reflejos de existencias jurídica. Y se diferencian por cuanto la prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no puede formar parte de los elementos de convicción que el juez valore para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento. En este evento no es permitido que el juez anteponga su discrecionalidad ni la prevalencia del interés social como excusa para que la prueba permanezca en el proceso. Entre tanto cuando la prueba es ilegal el juez debe determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y cuál es su trascendencia y afectación al debido proceso, ello por cuanto no toda omisión de una formalidad insustancial autoriza la exclusión del medio probatorio.

2.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES A LOS QUE RESPONDE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

La regla de exclusión probatoria debe de entrada fundarse en los principios constitucionales aplicables al proceso penal¹⁹ que son:

Principio de Contradicción. En virtud del cual las partes tienen "derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada", según lo indica el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 y que está en concordancia con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución.

A decir de la Corte Constitucional, "lo que se entiende por 'controversia de la prueba' es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y

¹⁹ LOZANO CADENA, Raúl. Principios de la Prueba en Materia Penal. Bogotá, Colombia. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2004.

con base en ello sustentar la argumentación de la defensa". En efecto, los elementos materiales que se pretendan hacer valer en el proceso, durante la etapa de juicio deben someterse a un debate en el que las partes puedan ejercer su derecho de contradecirlas, en aquellos casos en los que puedan afectar sus intereses.

Principio de Concentración. Que no es otra cosa que " la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral", dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), "durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua", en consonancia con el artículo 8 del mismo Código, que consagra el derecho que tiene el procesado a "tener un juicio público, oral, contradictorio y concentrado", buscando obtener el adecuado ejercicio del derecho de defensa a lo largo del proceso, el cual tiene sustento en el artículo 29 de la Constitución Nacional, cuando de manera expresa señala que "todo sindicado tiene derecho a la defensa".

El principio de concentración tiene como fin evitar dilaciones injustificadas del proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto grado de continuidad, permitiéndole al juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio. Con respecto a este principio encontramos los actos de prueba, que hacen referencia las actividades de las partes encaminadas a obtener los elementos y el material probatorio durante la investigación, con carácter provisional y no definitivo, para su posterior discusión en el juicio.

Las pruebas propiamente dichas son aquellos elementos que son admitidos para generar la convicción judicial suficiente, sobre los recae el debate probatorio y, por tanto, solo a estas se aplica el principio de concentración, pues los actos de

prueba no tienen vocación de permanencia dentro del proceso, lo que si sucede con las pruebas.

Principio de Inmediación. Que es la necesidad de que el juez tenga una relación directa con los sujetos procesales y con los materiales elementos de convicción que ellos aportan, se concreta en el principio de inmediación de la prueba. La corte constitucional lo expresa de la siguiente forma: "Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin"

El principio de inmediación implica que debe haber una presencia e identidad física del juzgador, pues, como dijimos debe ser él quien conozca personalmente el material probatorio recolectado, lo que no sucedía en el régimen procesal penal anterior, en el cual otros funcionarios judiciales podían llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiéndole luego al juez, mediante un acta, lo en ellas observado. El juez, que es en últimas quien toma la decisión, debe formar su propia visión acerca de los hechos materia del proceso y obtener la convicción necesaria para un pronunciamiento justo.

Principio de publicidad. El artículo 29 de nuestra Constitución Política consagra el derecho que tiene toda persona "A un debido proceso público", esto con el de garantizar la transparencia en la administración de justicia, pues el conocimiento que tenga la comunidad de las actuaciones que se surtan en el proceso sirve para controlar los abusos del poder que se lleguen a presentar y para exigir a las partes una mayor lealtad. En consecuencia, el debate probatorio debe ser abierto y permitir la participación de la sociedad siempre y cuando esta no interfiera en el normal desarrollo del proceso y no afecte la seguridad nacional.

El principio de publicidad permite que el juez considere las pruebas allegadas al proceso de una manera neutral, objetiva e imparcial, de manera que su valoración no se vea inclinada hacia uno u otro lado obedeciendo a intereses ajenos al bien común.

Pero ante todo la regla de exclusión probatoria responde al principio del debido proceso, ya que pretende evitar que los derechos de quienes participan en la actuación penal se vean afectados por pruebas practicadas en forma contraria al debido proceso, es decir, cuando en su práctica no se han observado los principios constitucionales que la rigen y ni se ha guardado el debido respeto a los derechos inherentes a la dignidad humana y de aquellos otros derechos inalienables de la persona, cuya protección y efectividad comporta una de los más caros fines del Estado Social de Derecho y una de las principales obligaciones de sus autoridades.

2.4 CONSECUENCIAS Y EFECTOS

Las principales consecuencias de las pruebas ilícitas son: en primer lugar que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho, en segundo lugar que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales debe excluirse de la actuación procesal, y en tercer lugar que las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia, deben excluirse de la actuación procesal.

En nuestro sistema jurídico, el remedio procesal que se materializaba frente a una prueba ilícita consistía en la inadmisibilidad y la ineficacia o irrelevancia de la prueba; sin embargo, es preciso indicar que con la promulgación del artículo 29 de la Constitución Política, la manera de concebirse la ilicitud de la prueba cambió radicalmente, comoquiera que se dio paso a la regla de exclusión.

Para el efecto, es preciso realizar una revisión del origen del artículo 29 para poder desentrañar las consideraciones de la Asamblea Constituyente, al fijar la regla contenida en el inciso final del artículo 29. Para este propósito es oportuno traer a colación algunos de los señalamientos que en relación con este tema tuvo oportunidad de hacer al Corte constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda; en ese sentido dijo: el inciso final del artículo 29, tal y como hoy se encuentra consignado en la Carta Política, fue aprobado el 15 de junio de 1991, en primer debate de la Plenaria de la Asamblea Constituyente. La principal preocupación de los delegatarios de la Comisión era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular, a través de la tortura. Su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos. Sin embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i) la nulidad se genera no solo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y (ii) la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba.

La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial dar efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado Social de Derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución, sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

Durante los debates en las Comisiones I y IV y en la Plenaria solo se trataron este tipo de casos: violaciones graves a las garantías básicas. El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, sino solo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional.

También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”), resultado directo e inmediato (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.

En relación con el inciso final del artículo 29, la jurisprudencia de la Corte Constitucional había abordado algunos de los puntos, manifestándose en el mismo sentido pero ampliando el ámbito del debido proceso a las formalidades legales esenciales. Así, en la sentencia C-491 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), a propósito de una demanda de inexecutable del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil que consagra las causales de nulidad del proceso Civil, se señaló que en principio es al legislador a quien le corresponde establecer las causales de nulidad de los procesos, en todo o en parte. Dijo en aquella ocasión la Corte:

(...) estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión “solamente” que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo que además de dichas causales

legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según la cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente.

2.4.1 Exclusión. El artículo 29 de la Carta Política en su inciso final, establece la regla constitucional de exclusión de la siguiente manera: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En el campo doctrinario y jurisprudencial, se ha dilucidado en torno a la admisibilidad de la prueba que es ilícita, pero que su contenido lleva a la verdad del proceso, cometido por el cual se han postulado dos teorías: Teoría de la admisibilidad de la prueba ilícita y Teoría de la inadmisibilidad de la prueba ilícita. La primera afirma que ha de prevalecer la verdad para llegar a la justicia, consecuencia de lo cual, debe tenerse en cuenta la prueba ilícita, sin perjuicio de las acciones que se pueden entablar contra quien violó los derechos fundamentales. La segunda, en contraposición, responde que no se puede permitir la violación de derechos para la obtención de pruebas.

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

En desarrollo jurisprudencial del tema que se plantea, en la segunda Corte Constitucional sobresale como sentencia hito, la SU-159 de 2002 que tiene por Magistrado Ponente al Doctor Manuel José Cepeda Espinoza. En dicho pronunciamiento judicial se indaga la esencia de la Regla Constitucional de Exclusión (transcrita líneas arriba), para lo que se aborda la fuente jurídica de exclusión y la sanción. Destaca la sentencia como dos grandes fuentes jurídicas de exclusión la prueba inconstitucional y la prueba ilícita, de las que se predica relación de género y especie, la prueba ilícita es el género y la prueba inconstitucional es la especie, debido a que en teoría general de la prueba, la prueba ilícita es un concepto amplio al entenderse por tal la obtenida mediante violación de los requisitos legales, o que atenta la moral y buenas costumbres o viola los derechos fundamentales de la persona. Como sanción, el texto constitucional dispone nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita, nulidad, que en concordancia con las normas procesales en materia civil y penal , cobija a la prueba ilícita y no a todo el proceso, puesto que “la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso se sigue del texto, de la jurisprudencia, de la historia de la norma, así como de una lectura teleológica de la propia Carta Política”, excepto, que esa prueba haya sido la única o la más importante tenida en cuenta por el juez al momento de proferir el fallo, caso en el que se sigue la nulidad del proceso. Toma efectos jurídicos dicha nulidad siempre debe ser declarada judicialmente dentro del proceso , puesto que si el juez no se pronuncia sobre las pruebas desconocería los derechos de la parte que pretende hacerlos valer.

La cláusula de exclusión entonces, cierra el campo de acción del Estado frente a los derechos de los ciudadanos, que en esencia no es otra cosa que, disuadir a los servidores públicos para que no violen ninguna de las protecciones constitucionales, garantizar la integridad judicial, ya que los jueces deben excluir la prueba ilícita, y con ello impedir que el Estado se beneficie de sus actos ilegales.

2.4.2 Nulidad del Proceso. Nuestro ordenamiento jurídico ha sido enfático en darle gran trascendencia a la prueba ilícita, de lo que se predica la exclusión de la misma y una consecuencia aún más severa, declarar la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Trayendo como consecuencia, además, y toda vez que queda comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, que éste debe remitirlo a un juez distinto.

2.4.3 Efectos frente a la Prueba Derivada o Vinculada con la Ilícita. Merece particular atención en este acápite el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, el cual dispone respecto a la “Nulidad derivada de la prueba ilícita que “Para efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley” y para el efecto, identificaremos el alcance de cada uno de dichos aspectos.

2.4.3.1 Vínculo Atenuado. La excepción de la atenuación otra parte, consiste en que no se aplicará la cláusula de exclusión, si la autoridad demuestra que la conexión entre la prueba ilícita y la obtenida por reflejo se ha atenuado o disipado por otros elementos probatorios, siendo que la relación existente entre esta y aquella es mínima.

Respecto del Vínculo atenuado la doctrina no es muy clara al respecto, pues la postura mayoritaria sostiene que la Prueba en estas condiciones conserva un vínculo con la prueba nula, y puede decirse que sigue la suerte de las pruebas derivadas, esto es, afectación por el vicio supra legal. No obstante, el nexo de causalidad se atenúa por la mediación de factores externos que le imprimen a la prueba caracteres de medio independiente que producen implícitamente el efecto indicado.

Sintetizando lo anterior se puede decir que dentro de ciertos medios de prueba derivados puede permanecer y subyacer la ilicitud como origen remoto, al nacer de una prueba ilícita con la cual se preserva un vínculo tenue y lánguido; y es en virtud de esta consideración que no se impide su valoración por parte del juez.

Existen diversas posiciones frente a las cuales cualquier consideración respecto al origen de este tipo de prueba, ésta es y seguirá siendo censurable, aun cuando la censura se va tornando débil hasta el punto de reducirse a su más mínima expresión, y por tal razón es repudiable el apreciar el mérito de éste tipo de prueba.

Cabe reiterar entonces, que el vínculo atenuado se presenta cuando la relación entre el acto primario ilegal y el fruto probatorio se desvanece, y al respecto se cita como ejemplo el caso de una interceptación ilegal a través de la cual se determina que un servidor público exige dinero a un usuario para adoptar una decisión, "...caso en el cual no podrá valorarse como elemento probatorio ni prueba posterior la grabación magnetofónica. Sin embargo, en un interrogatorio posterior, de manera libre y asistido por abogado, el indiciado decide aceptar el hecho. Aunque sin la interceptación ilegal la policía no se hubiese enterado de la concusión ni hubiera interrogado al imputado, lo cierto es que al momento del interrogatorio ya no existe la presión y el vínculo con el acto irregular ha empaldecido, razón por la cual pueden valorarse probatoriamente esas aceptaciones posteriores del imputado"²⁰.

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

²⁰ MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro (2004). Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá, D. C.: Ediciones Nueva Jurídica Colección Estudio No 7. p. 71.

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

La teoría del descubrimiento inevitable, según la cual una prueba ilícitamente obtenida es susceptible de apreciación siempre y cuando la autoridad judicial acredite que en virtud a la inminencia y la exhaustividad de las labores investigativas se pueda concluir que de todas maneras la prueba hubiese sido obtenida con el uso de medios lícitos.

Se trata entonces de un evento en el que a partir de un "Juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso, y siempre que la policía Judicial hubiere actuado de buena fe, pues de otra forma no puede darse el efecto disuasorio de la admisión de éstas pruebas derivadas".

Este tipo de prueba tiene un evidente carácter inconstitucional, pero su admisión se permite por la presencia de un factor externo que consiste en la inevitabilidad del hallazgo probatorio por ser tan contundentes las tareas de búsqueda de la fuente de prueba.

Concluyo entonces en que toda prueba que se obtenga directa o indirectamente con violación del debido proceso han de ser excluida de la actuación. Se incluyen en este supuesto las pruebas derivadas que siempre deberán ser censuradas sin tener en cuenta la delgada relación con la prueba ilícita o en el carácter inevitable de su hallazgo, porque en el fondo son violatorias del debido proceso constitucional. Admitir lo contrario sería una negación de la cláusula de exclusión o

lo que es lo mismo, su eficacia sería simplemente formal, sin plena realización en la realidad.

2.4.3.3 Fuente Independiente. Es cuando se acredita que la prueba derivada fue obtenida por un medio idóneo distinto, aunque aparentemente proviene del acto primario ilícito. Para su aplicación se trae a colación la recomendación del tratadista argentino Julio B. Maier, a través del denominado método de la supresión mental hipotética (Derecho Procesal Penal Tomo I Editores del Puerto SRL. Buenos Aires 2a Edición 1996, 700 y 701), citado por el Dr Marín a través del siguiente ejemplo: "... los investigadores poseen información seria de que en una residencia se conservan armas de uso privativo de las fuerzas armadas, solicitan y obtienen la orden del fiscal para registrar y allanar con ese exclusivo propósito; pero, por alguna circunstancia inesperada, no hallan las armas, sin embargo de lo cual se encuentran con un laboratorio de cocaína o un secuestrado y sus captores. En este caso, no obstante que la orden no iba dirigida a estos últimos objetivos, los resultados probatorios derivados perviven, ante la supresión mental hipotética de la orden y su finalidad, porque ellos pueden explicarse

En primer lugar tenemos la excepción de la fuente independiente, que consiste en reconocerle valor probatorio al medio probatorio obtenido por efecto reflejo de una violación constitucional siempre que se demuestre que la prueba refleja solo lo es en apariencia, pues su origen se debe a una fuente independiente, y distinta de la ilícita, la cual se acomoda a los supuestos constitucionales y legales.

Se puede decir entonces, que "Existe una complejidad al intentar aplicar correctamente este criterio, la cual estriba en identificar la verdadera autonomía de los medios de prueba dentro del conjunto probatorio, porque solo cuando se establezca su absoluta independencia se podrá dar por descontada la aplicación de la cláusula de exclusión.

Analizando detenidamente esta teoría, se puede percibir que la Fuente Independiente es una situación que estrictamente no pertenece a un caso de excepción a la regla de nulidad de la prueba derivada, por la razón de que "un medio de prueba obtenido de forma idónea, con respeto de los derechos y garantías fundamentales, no puede ser excluido del material probatorio si proviene de una fuente totalmente distinta a la prueba ilícita".

De esta manera, se trata entonces de pruebas conexas, diferentes, sin ningún tipo de injerencia por cuanto tienen orígenes diversos y por ende, resulta impropio hablar de vicios por violaciones al régimen constitucional y legal.

Así, solo si la prueba es fruto de una fuente distinta a la prueba ilícita se podrá pregonar su independencia y por ende, su carácter genuino constitucionalmente, de lo contrario, se debe aplicar la regla de exclusión.

La doctrina no es muy clara al respecto, pues la única claridad existente al respecto es que esta se encuentra "a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitas y la fuente independiente"

"En Realidad es un término medio que se ubica entre la fuente independiente y la prueba nula, ya que se caracteriza por ostentar visos de una prueba derivada pero matizados con la independencia material del medio de prueba".

2.4.4. La Prueba Ilícita en el Derecho Comparado.

2.4.4.1 Sistema Norte Americano. El primero de estos modelos se caracteriza por la *desconstitucionalización* de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) y es propio del sistema procesal-penal norteamericano. Aunque es cierto que en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU (caso Boyd vs. US., 116 US 616, 1886; y Weeks vs.

US, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista *causa probable* y las autoincriminaciones involuntarias²¹, sin embargo, con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*)²². Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» y más adelante añade que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».

Son, por tanto, razones pragmáticas, como destaca en la doctrina española Fidalgo Gallardo (2003, 28), las que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). Estamos, por tanto, ante un remedio de creación judicial que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Desde esta perspectiva no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la regla de exclusión al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente la eficacia disuasoria de conductas

²¹ Sobre el significado y alcance de tales enmiendas véase REED Amar, A. *The Constitution and Criminal Procedure*. Yale University Press, 1997, especialmente pág. 2 a 88.

²² Un análisis de la doctrina jurisprudencial norteamericana puede verse en Hairabedián, M. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002; Fidalgo Gallardo, C. «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». *Tribunales de Justicia*, 5, mayo 2003; Zapata García, M.F. *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2004.

violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental, como apuntan Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, 77).

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

Siendo este su fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento está situación aún no se ha producido.

2.4.4.2 Algunas Legislaciones de América Latina. En Chile la distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita tienen un interés más bien teórico, esto porque hay casos en que las formalidades se imponen para permitir al afectado por el proceso penal el ejercicio de derechos fundamentales. Entonces la única consecuencia práctica sería que la sanción de la prueba irregular es la nulidad, en tanto que la de la prueba ilícita es su exclusión o inexistencia dentro del proceso. La prueba ilícita o prueba ilegal o prohibida, podrían por tanto considerarse sinónimas, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales o utilizadas contra lo que señala la Ley.

En Argentina (Córdoba) el Código Procesal Penal se señala que "carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella"²³.

En Ecuador La prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención tiene el nombre de prueba ilícita, esta conceptualización recibe una eminente aceptación en la doctrina extranjera que predominantemente identifica al concepto de prueba ilícita con aquella prueba que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana²⁴. Esta conceptualización no es extraña a lo que dispone el Art. 80 de nuestro Código de Procedimiento Penal, por lo que se deduce, que el referido concepto y definición de Prueba Ilícita son aplicables a nuestra legislación.

Prueba Ilícita entonces, es la que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, en otras palabras, los casos en que para la obtención de prueba se vulnera uno de

²³ Código Procesal Penal de Córdoba. ARGENTINA. Artículo 149.

²⁴ Silva Melero V, citada por Miranda Entrampes, Manuel, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, 1999, Pág., 17. El mismo criterio de conceptualización de prueba ilícita es el tomado por: Oré Guardia, Arsenio; Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Alternativas, 2da. Edición, Lima Perú, 1999. García Falcóni, José; Manual de Práctica Procesal Constitucional y Penal, Primera Edición, Quito-Ecuador. Además se debe rescatar que la citada conceptualización de prueba ilícita o prohibida ha sido la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español, puede verse al respecto S. T. C. 11/1984; y el Auto Sala 2da T. S. de 18 de Junio 1992 (R. Ar. 6102) que declara: *"Nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales por la colisión que ellos entraría con el Derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE) y con el art. 11.1 de la LOPJ. No toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y practica de las pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales."*

los derechos consagrados en nuestra Constitución, dígame derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad de correspondencia, derecho a no autoincriminarse, derecho a la intimidad personal, derecho a la asistencia legal obligatoria, derecho a no ser incomunicado entre otras, que son garantías básicas del debido proceso prescritas en los Arts. 23 y 24 de nuestra Constitución Política de la República y en los Tratados Convenios o Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, y que también son texto constitucional.

Precisamos de esta manera, que la característica singular de la Prueba Ilícita, es la existencia de un menoscabo o lesión a una garantía constitucional o derecho fundamental en la obtención de un medio de prueba, porque de lo contrario su trato procesal varía considerablemente ya que saldría del concepto de prueba ilícita, sometiéndose a otra ponderación por parte del Juez o Tribunal Penal (prueba irregular o prueba ilegal Art. 83 C. P. P. E.).²⁵

En Brasil en primer lugar se debe observar que la Constitución, al establecer la inadmisibilidad de las "pruebas obtenidas por medios ilícitos", trata incuestionablemente de las pruebas ilícitas, tal como han sido consideradas más arriba (ver supra No.4), limitando el tema a los parámetros ya expuestos (ver supra No.5). En segundo lugar, el prescribir expresamente la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, la Constitución brasileña considera la prueba materialmente ilícita también procesalmente ilegítima, estableciendo desde luego una sanción procesal (la inadmisibilidad) para la ilicitud material.

²⁵ Conf. Zavala Baquerizo, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2004 Pág., 84. Aunque se guardan las distancias con la conceptualización dada a la prueba ilícita en este trabajo, el autor ecuatoriano reconoce el tratamiento procesal diferente que tiene en nuestro C. P. P. la prueba que violente formas procesales al momento de incorporar el medio de prueba al proceso.

2.4.4.3 Sistema Procesal Penal Europeo Continental. El segundo de los modelos justificativos, característico de los sistemas europeo-continentales, al menos en sus orígenes, reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino de origen constitucional. El propio reconocimiento del Estado de derecho, según la concepción del profesor Ferrajoli (1995, 537 y ss.), caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

El Tribunal Constitucional italiano se situó en este contexto justificativo declarando que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos eran una provee incostituzionali²⁶.

Por su parte, la teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán puede considerarse como un exponente de este segundo modelo. Según nos enseña el profesor Roxin (2000a), cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. No obstante, esta doctrina no está exenta de críticas por amplios sectores doctrinales pues la distinción entre afectación esencial y accesoria de la esfera jurídica no posibilita la fijación, en sede de revisión casacional, de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces, resultados contradictorios (Gössel, 2002, 85).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas en atención al grado de afectación en el ámbito de

²⁶ Vid. SSTC 34/1973 y 81/1993. Asimismo, en la doctrina vid. Mainardis, C. «L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali». Quaderni Costituzionali, núm. 2/2000, pág. 371 y ss.

protección de los derechos de la personalidad garantizados en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la ley fundamental alemana. Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del ius puniendi, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta delimitación en esferas o círculos, según exponen en la doctrina alemana Roxin (2000b) y Jäger (2003), no está exenta de dificultades en su aplicación práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, como lo demuestra el análisis de la casuística jurisprudencial alemana.

Dentro de este segundo modelo justificativo se situó la STC español 114/1984, dictada con anterioridad al actual art. 11.1 LOPJ²⁷, al configurar, en sus orígenes, la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Según dicha sentencia la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las

²⁷ Dicho precepto legal establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentado los derechos o libertades fundamentales».

garantías y a la igualdad de partes (art. 24.2 y 14 CE). Su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables (FJ 4).

Partiendo de este anclaje constitucional debería resultar indiferente, a diferencia de los modelos basados en el deterrent effect, si la prueba fue obtenida por una autoridad o por un particular e incluso si la autoridad o sus agentes actuaron de buena fe, en la creencia de no estar vulnerando un derecho fundamental. En esta línea se pronunciaba la mencionada STC 114/1984 cuando proclamaba «la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección I, capítulo II, título I CE» (FJ 4).

En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de desconstitucionalización plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana. En la actualidad, entre los factores a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el TC menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración, como veremos más adelante. Significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones realizadas en la STC 81/1998 (FJ 6), que instauró la conocida como doctrina de la conexión de antijuridicidad, al concluir que «ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden

reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones».

Como advierte Rodríguez Ruiz (1999), este planteamiento nos recuerda a la jurisprudencia norteamericana al atender al efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, por encima de su papel como garante del disfrute de los derechos fundamentales. El deterrent effect adquiere, en la actualidad, un papel central en la justificación aplicativa de la regla de exclusión por parte del TC español.

Al hilo de la creación de la mencionada doctrina de la conexión de antijuridicidad el TC español ha venido admitiendo excepciones que, como se desarrolla más adelante, alcanzan no solo a la eficacia refleja de la prueba ilícita sino a la propia aplicación directa de la regla de exclusión. Exponente de esta nueva línea argumentativa fue la STC 49/1999 en cuyo FJ 12, tras reproducir la doctrina contenida en la STC 114/1984 acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, introdujo un matiz novedoso de gran alcance, al añadir que «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Una lectura atenta de dicho párrafo, con la mención del término en ocasiones, permite darnos cuenta que para el TC español no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y de valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto.

Como hemos tratado de demostrar, el debate acerca del fundamento de la regla de exclusión no es baladí ni accesorio sino que presenta una importancia crucial dentro de la doctrina sobre la prueba ilícita, pues condiciona su propia naturaleza

así como su alcance y efectos. En los últimos tiempos hemos visto como el TC español se ha ido desmarcando de su inicial línea argumentativa para ir asumiendo paulatinamente la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión con las inevitables consecuencias que derivan de este nuevo planteamiento, como son la limitación no sólo de la eficacia refleja de la prueba ilícita sino de su propia eficacia directa cuando la misma pueda ser calificada de «remedio excesivo». La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple remedio judicial que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan. Las dificultades de aplicación práctica de esta doctrina son evidentes, en línea con las dificultades de delimitación que denuncia la doctrina alemana en relación con la teoría constitucional de las tres esferas o círculos.

En conclusión, el cambio de orientación del TC español en cuanto al fundamento de la regla de exclusión ha servido para ampliar el número de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, como se desarrolla a continuación.

CAPITULO 3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

Para el jurista resulta de gran utilidad en el desarrollo del proceso conocer cuál ha sido la trayectoria de la jurisprudencia de las Altas Cortes, en cuanto al tema de la prueba ilícita, cuándo se estructura la misma, ante su configuración qué debe hacer el juez y sus consecuencia procesales; por ello resulta relevante traer a colación algunas de las decisiones más trascendentales que sobre este tópico han adoptado tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional; aclarando desde ya que hoy por hoy no existe disparidad de criterios entre estas corporaciones en cuanto al tema. Decisiones contradictorias entre las dos corporaciones solo se evidencian en cuanto tiene que ver con la descalificación o no de la prueba cuando en su producción se vulnera el derecho a la intimidad, más específicamente cuando se trata de grabaciones efectuadas por la propia víctima de un delito, y en las que el interlocutor no es conocedor de que se está grabando la conversación.

Para abordar este tema es preciso señalar que desde la Constitución Política de 1991 se estipuló en el artículo 29 la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, es así como en su último inciso se señala: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Este mandato constitucional ha sido desarrollado por la ley procesal penal en su Libro I, Título V y VI del decreto 2700 de 1991 y Libro I, Título VI y VII de la ley 600 de 2000; a través de preceptos relacionados con la necesidad de la prueba, imparcialidad de los funcionarios en la búsqueda de la prueba, rechazo de pruebas ilegales, prohibidas, ineficaces, impertinentes o superfluas, inexistencia de diligencias, en fin, todo un conjunto de reglas pertinentes al sistema probatorio, dentro de lo que debe ser un nítido marco constitucional.

Ante el escaso desarrollo legislativo en la materia, son los funcionarios judiciales quienes han ido marcado las pautas que guían en la práctica judicial el tema; es a

través de la jurisprudencia que se han sentado pautas en cuanto a cuándo y en qué forma debe aplicarse la regla de exclusión probatoria.

Y nos atrevemos a afirmar que el tema encuentra un escaso desarrollo legal, toda vez que no obstante su importancia y trascendencia, en la ley 906 de 2004, que regula el Proceso Penal con tendencia Acusatoria, se encuentran escasas referencias al mismo en los arts. 23, que consigna de manera general la regla de exclusión; artículo 232, que establece la regla de exclusión en materia de registros y allanamientos; artículo 360, reitera la regla de exclusión en cuanto a la práctica de pruebas o la aducción de ellas o de los que ya se hubieren practicado ó aducido cuando en su obtención se violaren los requisitos formales establecidos en el código; y artículo 455, que prevé la posibilidad de la nulidad de la prueba derivada de la prueba ilícita.

Es importante reiterar que se han desarrollado dos conceptos que apuntan a diferenciar entre prueba ilícita y prueba ilegal, distinción que adquiere la mayor importancia en razón de las consecuencias que se siguen según sea el caso, y en principio podría señalarse que será prueba ilícita aquella que se obtiene con violación de garantías fundamentales, y la prueba ilegal es aquella que quebranta algunos requisitos legales, pero en cada caso el quebrantamiento de normas es de índole diferente, pues en el primer caso puede asegurarse que se enfrenta el lesionamiento de disposiciones de raigambre constitucional, en tanto que en el segundo caso, las disposiciones que se trasgreden son de índole legal.

Así mismo debe precisarse que cuando se hace referencia en materia de prueba ilícita a garantías fundamentales, el concepto no se agota en lo que se refiere al Debido Proceso, también alude a derechos de índole fundamental, esto es, de aplicación inmediata tales como la Intimidad, Integridad Personal y el Hábeas Data, por ejemplo, y a un derecho que, aunque innominado, de una trascendencia

inusitada, como lo es la Dignidad Humana, y es pues dada la connotación de estos derechos cuya trasgresión es tan cara al estado social de derecho.

Son todos estos aspectos los que de manera prolija han analizado las dos Cortes en no pocas oportunidades, brindando en sus decisiones al operador judicial abundante fundamento jurisprudencial de apoyo para sus decisiones y señalándoles que deben ser exigentes y estrictos al momento de realizar el examen de legalidad y licitud del material probatorio que se pretenda introducir al proceso, procediendo a excluir aquella que sea violatoria de los derechos fundamentales del procesado y que no se produzca con el cumplimiento de las formalidades legales que para ello se exigen, evitando siempre privilegiar el efficientismo, y una supuesta protección a la sociedad, que deslegitima al Juez o Jueza como garante constitucional.

3.1 CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De acuerdo a la Doctrina y a la Jurisprudencia se considera Prueba Ilícita aquellas que se obtienen como el resultado de torturas, tratos degradantes, inhumanos o crueles, o las que se generan con violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política, cualquiera que sea la naturaleza de la prueba, ya que la prohibición no sólo se contrae a declaraciones o confesiones, sino a todos los medios de prueba.²⁸

En el momento en que, en un proceso se presente dentro del acerbo probatorio una Prueba Ilícitamente obtenida tendrá como consecuencia la definitiva y estricta exclusión, en concordancia con la expresión “es nula de pleno derecho”, la cual, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio origen, no así al

²⁸ Corte Constitucional. SU- 159, marzo 6 de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, al resumir la posición de la Asamblea Constituyente de 1991. p. 29

proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la práctica, aporta, permite o admite.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano acoge las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con éste régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función disuasiva, en relación con la conducta futura de las autoridades, especialmente de las de policía judicial, protectora en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado social de derecho, aseguradora de la confiabilidad y credibilidad del sistema probatorio y, eventualmente, reparadora de los perjuicios causados al procesado con una arbitrariedad.

Al respecto se menciona a continuación algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal con respecto al tema de la prueba ilícita:

“...conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de la autoridad que no se ajustan a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedentes, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria. (...). Además, resulta obvio en el proceso de exclusión de resultados investigativos, que estos evidencien nexo causal con la práctica ilegal que los genera”.²⁹

²⁹ Sala de Casación Penal. Sent. Cas. 17-10-1990. M.P. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

En sentencia 31073, de julio 1° de 2009, La corporación señaló que la entrevista recibida sin el respeto de los derechos fundamentales que le asisten al imputado de acuerdo con el artículo 8° del Código de Procedimiento Penal, e ilícita, y por tanto nula de pleno derecho, y tiene que ser excluida de la actuación correspondiente, pero no acarrea la nulidad del proceso salvo que la decisión de condena se base solo en ella, pero en este caso no fue valorada ni por la Fiscalía ni por el Juez de conocimiento. En sentencia 16.557 de 2003, precisa que cuando se enfrente una prueba ilícita, lo que abarca también los elementos materiales probatorios tales como las entrevistas, lo procedente no es declarar la nulidad del proceso, sino disponer la exclusión de la prueba. Y en la sentencia 18.103 de marzo de 2005, indica que la regla de exclusión frente a pruebas o elementos materiales probatorios ilícitos, esto es, que en su recolección o aducción se han vulnerado derechos fundamentales como el debido proceso, deben excluirse por parte del Juez de control de Garantías o de Conocimiento.

Tal como atrás se anunció las dos cortes presentan divergencia en sus decisiones en cuanto tiene que ver con la admisibilidad de algunas pruebas en cuya producción se ha violentado el derecho a la intimidad. En cuanto a este tema la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se puede sintetizar así: la violación de los derechos fundamentales en la recolección o aducción de Elementos Materiales Probatorios, Evidencia Física o Prueba, debe excluirse del proceso, pues se reputa nula de pleno derecho, sin embargo estima que no se violenta el derecho fundamental a la intimidad cuando se utiliza la grabación de una conversación que ha realizado uno de los interlocutores, sin que el otro conozca tal situación, aun cuando no se cuente con orden judicial, y por tanto la

prueba no es ilícita y está habilitada para ser valorada por el Juez o Jueza; argumenta la corte que no se vulnera el derecho a la Intimidad ni al Debido Proceso, y por tanto, no es ilícita la prueba, porque no es necesaria autorización judicial para grabar las propias conversaciones y divulgarlas, pues ello opera sólo cuando quien las efectúa son terceros que no participan de aquellas (expediente 15100, sentencia de 17 de junio de 2003, con ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo).

En similar sentido se ha pronunciado en las sentencias que pasan a referenciarse: Radicado No. 1634, del 16 de marzo de 1.988, con ponencia del MP. Dr. Lisandro Martínez Zúñiga; radicado No. 7926, del 18 de mayo de 1.994, con ponencia del MP. Dr. Edgar Saavedra Rojas; radicado No. 9579, del 22 de octubre de 1.996, con ponencia del MP. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; radicado No. 10.656, del 22 de marzo de 2.000, con ponencia del MP. Dr. Jorge Córdoba Poveda; radicado No. 13.255, del 23 de noviembre de 2.000, con ponencia del MP. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; radicado No. 15.623, del 17 de mayo de 2.001, con ponencia del MP Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote; y radicado No. 15.119, del 15 de agosto de 2.001, con ponencia del MP. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; en todas ellas la Alta Corporación ha sido insistente en que la grabación de conversaciones por quien no hace parte de la conversación se torna en prueba ilícita, pero si es uno de los interlocutores quien realiza tal práctica, la prueba es lícita, y puede ser valorada junto con las demás, y con mayor razón si el interlocutor nota que es grabado, y no se opone.

3.2 CONCEPTO Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el tema haciendo referencia al inciso final del artículo 29 constitucional donde se contempla una regla que señala: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del

debido proceso.” Esta regla, se le conoce en nuestro medio como regla de exclusión constitucional, y el debido proceso se entiende como debido proceso constitucional, en la medida en que se refiere a las normas que regulan el proceso penal y a las que regulan la limitación a cualquier derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional, entre otros. Es decir, esta regla se refiere no solo a las garantías individuales sino que además abarca el resguardo de las formas probatorias previstas en la ley.

Según la Corte Constitucional³⁰, esta regla ha sido desarrollada por el legislador para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de pruebas, a saber, la primera la cual se denomina la prueba inconstitucional, o la que se obtiene violando derechos fundamentales, y la segunda denominada prueba ilícita, o la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba.

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 276 se refiere a la obtención constitucional de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Por su parte, el artículo 360 se refiere a la obtención, aducción y práctica legales, de medios probatorios.

Por esto la Prueba Ilícita se predica no solo de las declaraciones testimoniales sino de cualquier medio probatorio. Además hay que aclarar que la nulidad constitucional no se refiere a la nulidad del proceso sino solo de la prueba, a menos que esa prueba haya sido el fundamento de la sentencia o que esa prueba haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, y aún así presentada en el juicio³¹.

³⁰ Corte Constitucional. SU- 159, marzo 6 de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, al resumir la posición de la Asamblea Constituyente de 1991. p. 29

³¹ Corte Constitucional C 591 junio de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En cumplimiento de atribuciones constitucionales.

Entre otras providencias del Alto Tribunal que deben mencionarse en relación con el tema de la prueba ilícita, podemos mencionar las siguientes:

La sentencia C-372 de 1997 de la Corte Constitucional, señaló que la ilicitud de la prueba, no lleva de manera necesaria a la nulidad del proceso penal. La Sentencia T-008 de 1998, la recepción del testimonio con reserva de identidad sin el cumplimiento de los requisitos legales vulnera el derecho fundamental al Debido Proceso porque se desconoce el derecho de la defensa a controvertirla y por tanto adolece de nulidad de pleno derecho y debe ser excluida del proceso, pero no afecta necesaria e inescindiblemente la decisión judicial atacada, porque no fue el único fundamento probatorio de la condena, y por tanto no procede la tutela.

Las sentencias T-530 de 1992 y la SU 089 de 1995, establecen los aspectos que involucra el derecho fundamental a la Intimidad, posición reiterada en la sentencia T-003 de 1997, para resaltar que la grabación de voz o de la propia imagen debe contar con orden judicial o autorización y conocimiento de todos los interlocutores o participantes, porque de lo contrario se configura vulneración al derecho fundamental.

La Sentencia SU-159 de 2002 en donde se reitera que la vulneración de derechos fundamentales conduce a la nulidad de la prueba tanto directa como derivada, que debe ser excluida del proceso necesariamente, pero que no indefectiblemente debe declararse la nulidad de todo lo actuado.

La sentencia C-210 de 2007, indica que no es constitucionalmente válido darle valor o eficacia en el proceso, ni aún con fines de impugnación, a la prueba ilícita, esto es, a la obtenida con violación del Debido Proceso como derecho fundamental, o de cualquier otro derecho con este carácter o de las garantías fundamentales, y en cambio, siempre tendrá que ser retirada de todo el proceso

penal, de tal manera que no quede vestigio alguno, aunque ellos sí pueden convertirse en noticia criminis.

En cuanto al tema de la prueba obtenida con violación al derecho fundamental a la intimidad, la Corte Constitucional difiere del concepto de la Corte Suprema de Justicia, su posición doctrinaria sobre este aspecto se pone de manifiesto en sentencias como la T-233 de 2007, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, de la cual se puede concluir que siempre que se vulnere un derecho fundamental como Debido Proceso, Intimidad, Integridad Personal, Dignidad Humana, o cualquier garantía fundamental en la recolección o aducción de un Elemento Material Probatorio, Evidencia Física o Información legalmente obtenida, o en la práctica misma de la prueba, se estructura la ilicitud de éstos, y por tanto deben excluirse del proceso Penal. La grabación de conversaciones sin orden judicial, y aún cuando las efectúe uno de los interlocutores, violenta el derecho fundamental a la Intimidad, y por tanto torna en ilícita la prueba, que debe ser excluida del proceso penal, pero que no de manera necesaria conlleva a la nulidad del proceso. La nulidad de pleno derecho que establece la Constitución como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales, en este caso la Intimidad, impide considerarla válidamente en el proceso, así el accionante hubiere admitido que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal. La nulidad constitucional de la prueba impide considerarla válidamente en el proceso penal, pese a su convalidación por parte del procesado, pues ante la nulidad de pleno derecho, es improcedente la convalidación por afectación absoluta del acto, aún cuando ello no conduce a la nulidad del proceso por haberse tomado en cuenta la prueba viciada en las decisiones judiciales atacadas, basta con la exclusión de dicha prueba.

En la Sentencia T-003 del 21 de enero de 1993, emitida por la H. Corte Constitucional, se declaró nula de pleno derecho una grabación magnetofónica hecha por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro, con el argumento que el derecho fundamental de la intimidad impide que las

conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en prueba judiciales.

3.3 REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES AL TRATAMIENTO DE LAS PRUEBAS REFLEJAS O DERIVADAS DE LA ILÍCITA

Al tratarse este tema de la Prueba Ilícita suscita en el derecho una discusión compleja ya que no hay un criterio claro sobre que limite tiene el juez para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba Ilícita principal, inconstitucionalmente obtenida.

Existen al respecto dos posiciones la primera que manifiesta que, como principio general, la invalidez de la prueba primaria no se pueda extender a otras que le sea relacionadas o causalmente vinculadas y la segunda posición donde se afirma que la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ella.³²

Al respecto y frente a esta situación la doctrina ha venido estableciendo una serie de distinciones o excepciones, tales como la prueba proveniente de una fuente independiente, o la conocida como de atenuación, cuando la regla oculta

³² La Corte Suprema de Estados Unidos, desde 1920, invocando la Cuarta Enmienda, La Suprema Corte expuso que **“la esencia de una disposición que prohíbe la obtención de la evidencia por cierta vía es no sólo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una Corte sino que no sea usada de ninguna manera”**, dejando a salvo el conocimiento ganado a partir de una prueba independiente. A partir de la década de los años treinta, precisó aún mas la extensión de la regla de exclusión cuando aplicó la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*“fruit of the poisonous tree doctrine”*), según la cual, las pruebas ilícitas no pueden apreciarse y todos los resultados obtenidos *contra legem* deben excluirse como fundamentos de las decisiones en las actuaciones administrativas y judiciales. Esta regla general ha sido moderada a través de elementos correctores, como, por ejemplo, sopesar en cada caso si procede la exclusión (*“balancing test”*) o admitir de manera restringida el efecto reflejo de la contaminación para reconocerle validez a ciertas pruebas obtenidas razonablemente (*“good – faith excepcio”*), o cuando el sentido común puede indicar que esa conexión se han vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada, excepción conocida ahora como de *atenuación*.

complejidades concretas, o de la prueba inevitable, esto es, la que de todas maneras habría sido conocida por otra vía, así como la denominada “acto de voluntad libre” consistente en que el vínculo de esta prueba se rompa con la prueba inicialmente viciada cuando es ratificada mediante decisión libre de la persona afectada.³³

Ahora bien, tanto la doctrina como las Altas Cortes manejan la misma línea de pensamiento y son enfáticos manifestando:

“El inciso final del artículo 29 de la Carta Política y las normas que lo desarrollan, señala que tanto la estructura del Estado de derecho, como de la sociedad para la cual se consagra esencialmente, y de la administración de justicia, soportadas dogmática y orgánicamente en la Constitución, no admiten pruebas obtenidas con violación al debido proceso, instituido en defensa de derechos fundamentales y garantías ciudadanas, por consiguiente, exige la exclusión estricta de la prueba constitucionalmente ilícita (prueba principal) y, eventualmente, de la prueba derivada, entendiéndose por tal aquella, con entidad igualmente constitucional, de ninguna manera tenue o atenuada, que tiene su fuente de conocimiento en dicha prueba básica y no en otra de carácter independiente.”

No tiene, pues, carácter de prueba derivada la prueba que tiene su arribo al proceso, inevitablemente, por otra vía lícita, como tampoco la que obtiene su ratificación mediante el ejercicio libre de la voluntad del afectado, pues en tales eventos no sufren los efectos expansivos de la prueba principal ilícita, por consiguiente, tienen validez suficiente para sustentar providencias judiciales.

La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, por tanto, su

³³ SU 159/02. p. 39. Así también PÉREZ PINZÓN Alvaro Orlando. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO PENAL. Ed. Universidad Externado de Colombia. Ps. 71, 72.

admisibilidad no puede sustentarse en el celoso propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad, fines loables que no admiten medios ilícitos para obtenerlos.

CAPITULO 4. ASPECTOS PROCESALES

Hasta el momento hemos visto la importancia que tiene en el sistema procesal penal Colombiano la regulación de la prueba, no solo como herramienta básica del proceso en sí, sino también como elemento fundamental para lograr el conocimiento que necesita el juez para emitir sus decisiones, por lo tanto atado a uno de los fines constitucionales del proceso penal, como lo es, la búsqueda de la verdad material.

Todo ello y a su vez, resaltado dentro de un contexto general como lo es el estado constitucional de derecho, es decir, conceptos que están ligados entre si y que hacen parte de un sistema general, que se necesitan y se complementan.

Por ejemplo, debido proceso, prueba, principios probatorios, principios procesales referentes a la prueba, sistema penal, sistema procesal penal, respeto de las garantías fundamentales, dignidad humana, estado constitucional, son esa clase de conceptos a los que nos referimos, que hacen parte de un todo y que su interpretación, aplicación y garantía se deben estudiar en conjunto.

También vimos la importancia del principio de la regla de exclusión probatoria y como el proceso penal con tendencia acusatoria lo realza como garantía de un verdadero proceso penal democrático, pues deja a un lado el mal llamado principio de permanencia de la prueba, por lo tanto en adelante la prueba que sea obtenida con vulneración del debido proceso, ya no tendrá la oportunidad de ingresar al proceso, pues tal y como está concebida la sistemática procesal, existirán filtros que permitan, efectivamente, excluir dicha prueba, antes de que esta se practique. De igual forma se explicó las diferencias entre prueba ilegal y prueba ilícita, advirtiendo como principal consecuencia de la segunda la nulidad de todo el proceso.

Esa sería entonces la principal consecuencia de la declaración de ilicitud de una prueba, y en este capítulo pretendemos dar claridad al respecto, recordando las principales fuentes de esa afirmación y presentando una tesis según la cual, el escenario adecuado (como regla general) para determinar la ilicitud o ilegalidad de una prueba es la audiencia preparatoria.

4.1 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECISIÓN DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

Según lo expuesto hasta el momento, resulta evidente que todo el tema de la regla de la exclusión probatoria, tiene trascendencia en el ordenamiento procesal penal, pues se le asigna una consecuencia expresa y clara, como lo es la imposibilidad de ingresar al proceso penal y por lo tanto, la incapacidad de ser fundamento de una decisión judicial.

Y es una cuestión que admite debate hasta las últimas instancias procesales e incluso ser fundamento de recursos ordinarios y extraordinarios, por tal razón es que se ha dicho que:

“No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas”³⁴.

Sin lugar a dudas entonces, podemos decir que la principal consecuencia jurídica de haberse obtenido una prueba con violación de las garantías fundamentales, es

³⁴ la prueba ilícita la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. MANUEL MIRANDO ESTRAMPES, Revista Catalana de Seguridad Pública. Página 8. Sacado de www.raco.cat.

que la prueba no ingresa al proceso y jamás puede ser fundamento de una sentencia judicial.

Ahora bien, para precisar el concepto, diremos que las garantías fundamentales relevantes en el proceso penal, se extienden no solo al fundamento de la dignidad humana como sustento del estado de Derecho, sino también al cumplimiento de los fines del estado y a la obligación de las autoridades públicas de actuar coherentemente con ese objetivo.

Tales aspectos, que son de rango constitucional y además de los citados anteriormente no son otros que: la primacía de los derechos inalienables de la persona, la responsabilidad de los servidores públicos, el derecho a la vida, la prohibición de la desaparición forzada, de las torturas, de los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes, la igualdad ante la ley, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad, la prohibición de autoincriminación, la prohibición de destierro, confiscación y prisión perpetua, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho de acceso a la justicia.³⁵

Pero ya advertíamos en párrafos anteriores, que no es la única consecuencia, pues al hacerse la diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal, advertimos que los “castigos” procesales para cada de una de ellas es radicalmente opuesta, pues mientras para la prueba ilegal la única consecuencia es su exclusión, para la prueba ilícita, el castigo es más severo, pues no solo la prueba se excluye de la actuación, sino que todo el proceso deriva nulo.

Lo anterior tiene como fundamento el argumento tantas veces expuesto en este trabajo y es la existencia de un proceso penal como parte fundamental de un Estado constitucional de derecho que legitime tanto el proceso como la sanción o

³⁵ citado por Alfonzo Daza González, la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004. Revista prolegómenos derechos y valores. Consultado en www.umng.edu.co.

la pena impuesta y por tal razón limitado en la consecución de esos fines, pues no puede obtenerlos de cualquier manera, ni con procedimientos que afecten garantías fundamentales, ni mucho menos aparejándose con los procedimientos de los criminales que dice combatir, por ello cuando la prueba sea obtenida bajo procedimientos de tortura o cometiendo delitos que se consideran de lesa humanidad, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la anulación de todo el proceso.

Así por ejemplo lo determinó la Corte Constitucional en sentencia SU 159 de 2002, al advertir que cuando la prueba es el fruto de una tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial o bajo cualquiera de las modalidades de un crimen considerado como de lesa humanidad, imputables a agentes del estado, la consecuencia jurídica es la indicada anteriormente.

“La misma sentencia citada, fue más allá al precisar que tratándose de prueba practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se debe excluir la prueba y declarar la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Y además como queda comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe remitirlo a un juez distinto.

La cláusula de exclusión entonces, cierra el campo de acción del Estado frente a los derechos de los ciudadanos, que en esencia no es otra cosa que, disuadir a los servidores públicos para que no violen ninguna de las protecciones constitucionales, garantizar la integridad judicial, ya que los jueces deben excluir la

prueba ilícita, y con ello impedir que el Estado se beneficie de sus actos ilegales”³⁶.

Posición que fue reiterada a propósito de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, y resaltada respecto del principio de la no permanencia de la prueba y de la regla de exclusión probatoria, postulados estudiados a fondo por la Corte Constitucional en la sentencia C 591 de 2005.

Al respecto la Corte Constitucional fue enfática al advertir que:

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

³⁶ Alfonzo Daza González, la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004. Revista prolegómenos derechos y valores. Consultado en www.umng.edu.co.

decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana.”

4.2 ETAPA PROCESAL EN LA QUE SE DEBE ALEGAR LA EXCLUSIÓN Y SU DIFERENCIA CON LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES EN DONDE SE CONTROLA LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

A pesar de las innumerables situaciones que se pueden presentar en un proceso penal y que son prácticamente imposibles su descripción y regulación previa por parte del legislador, debemos admitir que el principio de legalidad es el punto de referencia del proceso penal y que según el debido proceso “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”³⁷.

Bajo este aspecto es que debemos entender que el principio de preclusión o eventualidad es esencial al debido proceso pues según su postulados, existen un diseño procesal que debe ser respetado y que no se puede volver atrás luego que este se rituo con las formalidades legales.

Etapas procesales que prescriben una vez realizadas y que tienen un fin y un objetivo fundamental, según se hable de cada una de ellas.

Frente al principio de la preclusión o la eventualidad se ha dicho con razón que: “Este principio también se halla estrechamente relacionado con la contradicción y la lealtad, pues busca definir oportunamente y con toda precisión el “thema probandum”, a fin de evitar que se sorprenda al adversario con pruebas de último

³⁷ Inciso final artículo 29 Constitución Nacional

momento, que no puedan ser adecuadamente controvertidas o frente a las cuales no se logre establecer el derecho de defensa, en este sentido el artículo 374 establece que la audiencia preparatoria es la oportunidad adecuada para decretar las pruebas y, solo por excepción, pueden decretarse en otro momento³⁸ Y complementamos nosotros que este principio cuando se materializa en la audiencia preparatoria, no solo es importante por el tema del descubrimiento probatorio, sino también porque allí se realizan las valoraciones sobre admisibilidad de la prueba y por lo tanto el estadio procesal que se ha diseñado exclusivamente para ello.

Es importante resaltar en este punto, que el proceso penal con tendencia acusatoria trasladó todo el peso del proceso de la etapa investigativa a la etapa del juicio y propiamente en la audiencia de juicio oral todo el centro de gravedad del proceso en sí.

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que con la presentación de la acusación por parte de la fiscalía y ante el juez de conocimiento es que empieza el proceso como tal y por lo tanto las etapas pre concebidas hasta el momento de tener que emitir la respectiva sentencia.

Como lo dijimos cuando hablamos del principio de la preclusión, creemos nosotros que la audiencia preparatoria, es la diseñada para que allí se surtan las discusiones sobre la admisibilidad de la prueba, las que, claro está, abarcan un tema tan sensible como el de la propia licitud de la misma.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia aclaró que:

³⁸ Reflexiones sobre el Sistema Penal Acusatorio una visión desde la practica judicial. El Debido proceso Probatorio, Luis Fernando Delgado Llano, p. 488

“La segunda de dichas audiencias es la preparatoria del juicio y en la cual son pertinentes las observaciones que las partes tengan que hacer al procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios -exhibición, exclusión, rechazo o inadmisibilidad-, las estipulaciones probatorias y las pruebas que Fiscalía y defensa requieran y cuya práctica el juez decretará acorde con las reglas de pertinencia y admisibilidad”³⁹.

Así las cosas, debemos afirmar que la tesis que nosotros defendemos es que **en principio** la etapa procesal diseñada para la discusión sobre la licitud de la prueba es la audiencia preparatoria, en la cual la parte deberá presentar la solicitud de exclusión y el juez de conocimiento deberá realizar un estudio a fondo sobre su admisibilidad de acuerdo con todas las reglas que expuestas hasta el momento y deberá y en caso de ordenar la exclusión probatoria, decretar los efectos de la misma que como ya le hemos advertido, si se trata de prueba ilícita (y obtenida por tortura etc.) no será otra que la nulidad de todo el proceso.

Lo dicho encuentra respaldo en el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

“Así, conforme con las nociones vistas, bien cabe sostener que el Juez de Control de Garantías en el nuevo ordenamiento penal es el principal garante de la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal, en cuanto el Acto Legislativo 03 de 2002 le impone verificar el cabal respeto al ejercicio de los derechos y libertades públicas en desarrollo de la actuación. De otro modo dicho, al Juez de Control de Garantías le corresponde determinar la legitimidad constitucional y legal de la actividad cumplida por la Fiscalía General de la Nación.

³⁹ (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, proceso 25007 de 2006. Magistrado Ponente, Alfredo Gómez Quintero.)

2.2. Pero, es necesario precisarlo, tan amplias facultades necesariamente operan, como sucede con todos los servidores públicos, conforme las normas generales de competencia, dentro de un ámbito específico, que la misma ley regula expresamente, a la manera de entender que lo realizado por fuera de esa órbita deviene ilegítimo, dada la absoluta falta de competencia para ese efecto.

Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías.”⁴⁰

Sin embargo, dicha afirmación, es preciso condicionarla frente a las facultades mismas que tiene el juez de control de garantías y por tratarse como tantas veces lo hemos dicho no solo de una prueba ilegal sino de una que se obtiene con violación de derechos fundamentales.

Precisamente con la claridad que exige el tema, la corte constitucional resaltando los efectos o consecuencias jurídicas de la prueba ilícita, en jurisprudencia que ha sido pacífica y aceptada por la Corte Suprema de Justicia ha advertido, respecto de la función y competencia del juez de control de garantías, lo siguiente:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella **y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal.** En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como

⁴⁰ Sala Penal Corte Suprema de Justicia, proceso 26310 de 2007. Magistrado Ponente Sigifredo Espinoza Pérez

tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso”⁴¹ (subrayas y negrillas fuera del texto) En este punto de la argumentación es preciso hacer una claridad, una cosa es decretar la ilegalidad de un acto de investigación que requiere control (ya sea previo o posterior) por parte del juez de control de garantías, y otra muy diferente pronunciarse sobre la licitud de una prueba.

Recordemos entonces que según la sistemática del proceso penal acusatorio, prueba no es sino aquella que se practica en el juicio oral, por tal razón, nosotros creemos innecesario que el juez de control de garantías se pronuncie exactamente sobre la licitud de una prueba, esa situación, insistimos, la debe hacer el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria.

Lo que pasa es que un tema tan sensible como la vulneración de derechos fundamentales, es imposible dejarla pasar por alto y sobre todo cuando la cuestión es tratada directamente en una audiencia preliminar ante un juez de control de garantías, que precisamente tiene la función (entre otras) de velar por el respeto de la dignidad humana.

Piénsese por ejemplo en un allanamiento realizado por miembros de la policía judicial en donde la finalidad era encontrar armas de uso privativo de la fuerza pública y que lograron encontrar el escondite de las armas, luego de la tortura a la que fueron sometidos los habitantes del bien inmueble allanado.

Es evidente que ese acto de investigación tiene que ser decretado ilegal por parte del juez de control de garantías y siguiendo los mandatos de la Corte

⁴¹ Corte Constitucional S C 591 de 2005.

Constitucional, “los elementos de prueba se reputan inexistentes y no podrán ser admitidos como prueba ni valorados como tal”

Pero fuera de ello todo el proceso se debe decretar nulo, por lo que creemos que en la práctica, ningún fiscal intentará siquiera, seguir con el proceso, y en caso de hacerlo, el mismo estaría destinado al fracaso evidente, pues los elementos recogidos en ese allanamiento, nunca podrán ingresar al proceso, jamás tendrán la vocación de prueba, se tendrán que excluir de la actuación y se deberá decretar la nulidad de todo el proceso.

Así las cosas, creemos que el juez de control de garantías solo tiene la facultad de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad del acto de investigación que revisa y que la decisión de ilicitud de la prueba corresponde al juez de conocimiento en la etapa de la audiencia preparatoria, sin embargo cuando se trate de asuntos que tienen que ver con crímenes de lesas humanidad cometidos por agentes del estado para obtener información relevante al proceso penal, nada impide que esa declaración sea realizada de una vez por el juez de control de garantías que conoce del acto irregular, pues precisamente su función es resaltar el derecho a la dignidad humana en el proceso penal.

4.3 PRUEBA ILÍCITA Y DERECHOS FUNDAMENTALES, VÍA DE HECHO Y POSIBILIDAD DE ACUDIR A LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO NO SE DECIDE EL FONDO DEL ASUNTO CUANDO SE ALEGA LA EXCLUSIÓN DE UNA PRUEBA QUE SE CONSIDERA ILÍCITA.

Hasta ahora hemos dejado claro que la regla de exclusión probatoria es un elemento fundamental dentro de la estructura del proceso penal colombiano y en general de todos aquellos con tendencia acusatoria.

Que dicho procedimiento garantiza la aplicación efectiva del inciso final del artículo 29 de la constitución nacional y por lo tanto impedirá la “contaminación” de

funcionario judicial que tiene que tomar la decisión, el cual no tendrá la posibilidad de conocer la información o contenido de una prueba obtenida irregularmente, pues se entiende que esta no se insertará nunca a la actuación y su declaratoria de ineficaz tendrá que hacerse en todo caso, antes de iniciar la etapa de juicio oral y por ende antes de practicarse en si dicha prueba.

También que todo el concepto de exclusión de la prueba y práctica de la misma, es a su vez un límite a los poderes de las autoridades del estado y en especial de las encargadas de la acción penal pues está claro que si bien la búsqueda de la verdad en el proceso es un objetivo constitucional la misma no puede ser alcanzada a cualquier precio y tiene como límite esencial el respeto de la dignidad humana como pilar y fundamento del Estado.

Por estas razones es que se necesita que la diferencia entre prueba ilegal y prueba ilícita sea clara, pues esta última ya no tiene que ver solo con la irregularidad en la creación de la prueba o con procedimientos mal efectuados, sino con la vulneración de derechos fundamentales.

Al ser de esta manera, es indispensable que cuando el tema sea propuesto dentro del proceso penal, el mismo tenga una respuesta inmediata, efectiva y sobre el fondo del asunto.

Si esto no ocurre, es evidente que se estaría incurriendo en una vía de hecho por parte del funcionario judicial que tiene que resolver dicho problema jurídico y su providencia sería legal solo en la apariencia.

Frente a estas situaciones, su decisión podría ser objeto de ataque por vía de una acción de tutela, cuando se hayan agotado los recursos ordinarios, toda vez que estaríamos dentro de una de las causales que la Corte Constitucional ya enmarcado la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Con este presupuesto, rematamos la importancia del tema de la exclusión probatoria, como garantía del efectivo cumplimiento del mandato constitucional del respeto a la dignidad humana dentro del proceso penal, el que tiene todas las herramientas para lograr la inutilidad de las pruebas que se consideran ilícitas, existiendo la posibilidad que si el tema no se resuelve dentro del mismo proceso, se pueda acudir ante el juez constitucional para que mediante un amparo de tutela se pronuncien, aun, contra providencias judiciales, que hayan contravenido estos lineamientos.

5. CONCLUSIONES

Con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, se logra un gran avance en el sistema jurídico colombiano, pues se adecua su derecho procesal penal al logro de los fines del estado, con un proceso democrático, altamente constitucionalizado y con herramientas claras que permiten materializar y garantizar los principios en los que se basa dicho proceso y sobre todo el derecho fundamental de la dignidad humana no solo como principio del derecho penal y procesal penal sino como fundamento y pilar del estado Constitucional.

El proceso penal con tendencia acusatoria tiene su eje principal en la etapa del juicio y sobre todo en la audiencia de juicio oral, por esta razón se debe entender que prueba no es sino la practicada en esta audiencia, respetando los principios de inmediación, publicidad y contradicción.

La prueba se convierte en una herramienta fundamental para el logro de unos de los fines constitucionales del proceso penal como lo es la búsqueda de la verdad material, pero aceptando que esta no es una verdad absoluta sino aproximativa pero siempre con correspondencia de los hechos que originan el proceso penal y que la misma no se puede buscar a toda costa, sino siempre con el respeto de las garantías fundamentales y del debido proceso.

Las decisiones judiciales deben procurar la verdad obtenida bajo el supuesto de que el método para obtenerla se apoya en prueba recaudada con respeto a las garantías constitucionales, por ende, los medios probatorios, directa o indirectamente obtenidos al margen de la Carta Política o de los preceptos que la desarrollan, deben ser necesariamente excluidos.

En nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al

respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales.

En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.

El principio de legalidad es presupuesto esencial del proceso penal pues es evidente que nadie puede ser juzgado sino conforme a las normas preexistentes y con las formalidades propias de cada juicio, así las cosas las etapas del proceso son diseñadas para un fin especial como por ejemplo la audiencia preparatoria donde el juez de conocimiento debe decidir sobre la admisión de las pruebas a practicar en el juicio oral, incluyendo las solicitudes de licitud de las pruebas.

El juez de control de garantías es un guardián de los derechos fundamentales y del respeto de la dignidad humana en el proceso penal, por ello y al controlar los actos de investigación, si observa que estos se realizan mediante tortura, desaparición forzada etc, está en la obligación de decretar la ilegalidad del acto y debido a la gravedad del tema nada le impide para que indique los efectos de dicha declaración que no son otros que la imposibilidad que esos actos se conviertan en pruebas y la nulidad de todo el proceso.

Por tratarse de un tema que tiene que ver con la vulneración de derechos fundamentales, cuando el juez competente no resuelve el fondo del asunto, se está ante la posibilidad de acudir al juez constitucional para que mediante un amparo de tutela (aun contra providencias judiciales) corrija la actuación irregular y proteja el derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

ASCENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida. Madrid: Trivium, 1989.

BAYTELMAN Andrés y DUCE Mauricio, Litigación penal, juicio oral y prueba. Chile: Fondo de Cultura económica, en Portal Jurídico Legal, 2009.

BECERRA MOJICA, Luís Alejandro. En “Cláusula de Exclusión y Juez de Control de Garantías”, ponencia realizada dentro del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses. 2008, Bogotá, Galería Gráfica compañía de impresión S.A.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría general del proceso y de la prueba, 6ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. Como se hace un Proceso. Bogotá: Temis, 1989.

CASTAÑO ZULUAGA, Luís Ociel. La Carga de la Prueba en el Proceso Penal la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales o los del justiciable. Opinión Jurídica Volumen 9 No. 18 julio diciembre 2010.

Constitución Política de Colombia, en www.secretariassenado.gov.co

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Límites constitucionales y legales de los funcionarios de policía judicial en la investigación del delito. Principia Iuris No. 8 Julio diciembre de 2007

DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional: Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1995.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Estado y Razón. Barcelona: Ed. Trotta, 1986.

FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Bogotá: Temis, 2002.

GIACOMETTO FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba Judicial. Módulo para Formación de Jueces y Magistrados. Bogotá, D. C.: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2003.

GONZÁLEZ, Jesús M. El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita (En Línea) 25 de Noviembre de 2005, Disponible En www.enj.org

GUARIGLIA, Fabricio: Las prohibiciones probatorias, en AA. VV.: El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Ley 600 de 2000, en www.secretariasenado.gov.co

Ley 906 de 2004, en www.secretariasenado.gov.co

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

LOZANO CADENA, Raúl. Principios de la Prueba en Materia Penal. Bogotá, Colombia. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2004.

MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro. Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá, D. C. Ediciones Nueva Jurídica Colección Estudio No 7, 2004.

MIRANDA ESTRAMPLES Manuel, En “El concepto de Prueba lícita y su tratamiento en el Proceso Penal”. Barcelona 1999.

PARRA QUIJANO, Jairo: Manual de Derecho Probatorio. 16ª ed; Bogotá: Librería ediciones del profesional, 2008.

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón. “Reflexiones en Torno al Tratamiento de la Prueba lícita en el Sistema Jurídico Colombiano”, Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, No. 1, enero diciembre de 2008.

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón. Reflexiones en Torno al Tratamiento de la Prueba lícita en el Sistema Jurídico Colombiano. Revista de Derecho y Ciencias Sociales – Misión Jurídica, No. 1, enero – diciembre de 2008, Bogotá.

PEÑA AYAZO JAIRO IVÁN, PRUEBA JUDICIAL, ANÁLISIS Y VALORACIÓN, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2008, Bogotá.

RUÍZ, Ruíz Ramón, LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, Universidad de Jaén (España)

URBANO MARTÍNEZ. José Joaquín. Los Nuevos Fundamentos De Las Pruebas Penales, Una Reflexión desde la Estructura Constitucional del Proceso Penal Colombiano. E.J.R.L.B., 2006, Bogotá, Covers Desing EU. Ley 906.

WENDEL HOLMES, Oliver, Caso Miranda contra Arizona, 1966, en “Veinticinco Casos emblemáticos en la historia de la Corte Suprema”, www.constitucionalfacts.com.

SENTENCIAS CONSULTADAS:

PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL, consultadas en www.corteconstitucional.gov.co:

C- 053 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

C-372 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

T-008 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

SU-159 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-591 de 2005, Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

C-782 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

T-233 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-210 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-396 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

PROFERIDAS POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, consultadas en www.cortesupremadejusticia.gov.co

Expediente 31073 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Augusto Ibañez Guzmán

Expediente 28432 de 2007, Magistrado Ponente: Dra. María del Rosario González

Expediente 26310 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez

Expediente 25583 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

Expediente 27108 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Expediente 18103 de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Expediente 25007 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Expediente 15100 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo y Alvaro Orlando Pérez Pinzón

Expediente 14684 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Expediente 9579 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll.