

**La prueba violatoria al derecho de la intimidad personal y su eventual
exclusión en el proceso penal colombiano**

Alejandro Ibáñez Macías

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BARRANQUILLA
2019**

**La prueba violatoria al derecho de la intimidad personal y su eventual exclusión en el
proceso penal colombiano**

Magister En Derecho Penal

Alejandro Ibañez Macias

Asesor Disciplinario
Doctor Alait De Jesus Freja Calao

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BARRANQUILLA
2019**

Presentación

La monografía “*LA PRUEBA VIOLATORIA AL DERECHO DE LA INTIMIDAD PERSONAL Y SU EVENTUAL EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO*”, es presentada al instituto posgrado de la Universidad Libre sede Barranquilla como requisito reglamentario para la obtención del título académico Magister en Derecho Penal por el abogado Alejandro Ibáñez Macías.

Julio de 2019, Barranquilla, Atlántico.

Abogado: Alejandro Ibáñez Macías
Email: a.ibanezmacias@gmail.com
Teléfono: (+57) 3017543928

Nota de aceptación

Firma del presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del jurado

Julio de 2019, Barranquilla. Atlántico

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO - INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

AUTORIDADES ACADEMICAS

| | |
|-------------------------------|---------------------------------|
| Fundador: | General Benjamín Herrera |
| Presidente: | Dr. Jorge Alarcón Niño |
| Rector Nacional: | Dr. Fernando D'janon Rodriguez |
| Censor Nacional: | Dr. Ricardo Zopo Méndez |
| Secretario General: | Dr. Floro Hermes Gómez |
| Presidente Sede Barranquilla: | Dra. Beatriz Tovar Carrasquilla |
| Rector Sede Barranquilla: | Dr. Mauricio Molinares Cañavera |
| Decana de la Facultad: | Dra. Zhejer Gutiérrez González |
| Directora del CISJ | Dra. Sandra Villa Villa |
| Director de la Maestría | Dr. Alait Freja Cálao |

Tabla de contenido

| | |
|--|-----------|
| Introducción..... | 1 |
| 1. Derecho a la intimidad personal en Colombia..... | 4 |
| 1.1. Aproximaciones conceptuales | 4 |
| 1.1.1. Derechos fundamentales en la carta magna de Colombia..... | 5 |
| 1.1.2. Dignidad humana | 8 |
| 1.1.3. Principios y valores constitucionales | 11 |
| 1.2. Derecho a la intimidad personal en Colombia..... | 15 |
| 1.2.1. Aproximaciones legales y conceptuales al derecho a la Intimidad..... | 16 |
| 1.2.2. Niveles y Grados en relación al derecho a la intimidad..... | 18 |
| 1.3. Restricciones al derecho a la intimidad | 20 |
| 1.3.1. El alcance y los límites de la interceptación de comunicaciones..... | 23 |
| 1.3.2. Antecedentes Legales de la regulación de las interceptaciones de comunicaciones en Colombia ²⁷ | |
| 2. La prueba en el proceso penal colombiano..... | 34 |
| 2.1. Fundamentos y principios de la prueba en el proceso penal colombiano..... | 34 |
| 2.1.1. Generalidades | 34 |
| 2.1.2. El derecho fundamental a la prueba se entiende | 37 |
| 2.1.3. Funciones fundamentales de la prueba en el proceso penal..... | 39 |
| 2.1.4. De evidencias a medios de conocimiento | 40 |
| 2.1.5. Incorporación de la prueba al proceso..... | 41 |
| 2.1.6. La verdad en el proceso penal Colombiano | 42 |
| 2.1.7. Principios Probatorios | 44 |
| 2.2. Las pruebas no permitidas en el proceso penal..... | 52 |
| 2.2.1. Prueba Prohibida | 52 |
| 2.2.2. Prueba Ilegal..... | 53 |
| 2.2.3. Prueba Irregular..... | 53 |
| 2.2.4. Prueba no Valorable | 53 |
| 2.2.5. Prueba ilícita..... | 54 |
| 2.3. La prueba ilícita e ilegal..... | 55 |
| 2.3.1. La prueba Ilegal..... | 56 |
| 2.3.2. La prueba ilícita..... | 56 |
| 2.3.2.1. Generalidades, Concepto y definiciones | 57 |
| 2.3.2.2. Fundamento..... | 57 |
| 2.3.3. Teorías de la prueba ilícita | 61 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 2.4. | La prueba ilícita e ilegal en el ordenamiento jurídico..... | 66 |
| 2.4.1. | La prueba ilícita y la verdad como fin del proceso penal..... | 69 |
| 2.4.2. | Régimen constitucional de la prueba ilícita | 70 |
| 2.4.3. | Sistema acusatorio principio de la prueba..... | 71 |
| 2.4.4. | El régimen legal de la prueba ilícita..... | 72 |
| 2.4.5. | Ilícitud de la prueba derivada y sus excepciones | 73 |
| 2.5. | La Prueba Ilícita en el Derecho Comparado. | 77 |
| 2.6. | Prohibiciones probatorias..... | 78 |
| 3. | La exclusión de la prueba | 82 |
| 3.1. | Nociones previas..... | 82 |
| 3.2. | Antecedentes de la Institución | 85 |
| 3.3. | La regla de exclusión y su fundamento constitucional en el P. Penal | 85 |
| 3.4. | Elementos de la regla de exclusión..... | 86 |
| 3.5. | Finalidad de la Exclusión de la prueba en Colombia..... | 87 |
| 3.6. | Condición de aplicación de la regla de exclusión constitucional de la prueba..... | 88 |
| 3.7. | Funciones que cumple la exclusión de la prueba..... | 89 |
| 3.8. | Nulidad procesal derivada de la prueba ilícita | 90 |
| 3.8.1. | Alcance..... | 90 |
| 3.9. | Las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional | 91 |
| 3.10. | La regla de exclusión a la luz del derecho internacional | 94 |
| 3.10.1. | Derecho Angloamericano..... | 94 |
| 3.10.2. | Derecho Continental Europeo | 95 |
| 3.10.3. | Reseñas Jurisprudenciales en el derecho comparado..... | 96 |
| 3.11. | La no aplicación de la clausula de exclusión en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia Internacional..... | 101 |
| 3.11.1. | La doctrina de la conexión de antijuridicidad | 102 |
| 4. | La permanencia de la prueba violatoria al derecho intimidad personal | 106 |
| 4.1. | Antecedentes jurisprudenciales | 107 |
| 4.2. | La vinculación de las prueba violatoria al derecho de la intimidad dentro de una visión de justicia | 108 |
| 4.3. | Los límites a los derechos humanos y la ponderación como mecanismo de interpretación | 109 |
| 4.4. | La exclusión y la prueba obtenida en la esfera privada violando ilegítimamente la intimidad | 109 |
| 4.4.1. | El deber de la causal de exclusión frente al derecho a la intimidad..... | 110 |
| 4.4.2. | La exclusión probatoria como mecanismo de protección de la intimidad humana | |

| | |
|---|------------|
| 4.4.3. El alcance de la exclusión en relación con las pruebas obtenidas en la intromisión de la esfera privada..... | 112 |
| 4.5. Efectos de la exclusión probatoria por la vulneración a la esfera privada.... | 113 |
| 4.6. Posibles defectos facticos positivo y negativos al no tener en cuenta este tipo de situaciones..... | 115 |
| Bibliografía | 117 |
| Jurisprudencia Nacional..... | 122 |
| Jurisprudencia Extranjera y/o Internacional..... | 127 |

Lista de tabla

| | |
|--|-----|
| - Tabla No. 1 Principios & Valores | 14 |
| - Tabla No. 2 los nominadores grados de intimidada..... | 18 |
| - Tabla No. 3 Reseña de la evolución Histórica de la intromisión legal al derecho de la intimidad personal..... | 27 |
| - Tabla 4 Pruebas pertienetes pero no admisibles | 47 |
| - Tabla 5 Efectos de la Prueba Ilicita & Ilegal | 55 |
| - Tabla No. 6 . Diferencias entre pruebas ilícita o inconstitucional o ilegal Corte Suprema de justicia..... | 63 |
| - Tabla No. 7 Diferencias entre pruebas ilícita o inconstitucional o ilegal Corte Constitucional: | 63 |
| - Tabla No. 8 La prueba ilicita e ilegal en nuestro ordenamiento jurídico..... | 66 |
| - Tabla No. 9 Principios Constitucionales de la prueba | 71 |
| - Tabla No. 10 Tipos de prohibiciones probatorias | 78 |
| - Tabla No. 11 Tipos de Prohibiciones probatorias y subtipos | 80 |
| - Tabla No. 12 Antecedentes Históricos de la C. Exclusión | 85 |
| - Tabla No. 13 Efectos de la exclusión de la probatoria..... | 113 |

Introducción

En la actualidad el derecho penal se ha reconocido como una rama del derecho público interno que puede servir como solución a cualquier tipo de situación, esto en razón que mediante la agresión que este representa a través sus penas, permite un control social aparente. Observamos año tras año, como las políticas criminales de nuestro país suelen crear mucho mas tipos penales, lo anterior permite inferir que esta solución va dirigida al endurecer y fortalecer las sanciones; sin embargo, podemos pensar o suponer que el problema real radica no solo está en la tipificación de nuevas conductas punibles, la solución se ve también en el fortalecimiento de la ejecución del derecho penal; esto entíendase como el deber que tiene el Estado no solo crear normatividad prohibitiva, si no, a su vez, contar con herramientas que permita desvirtuar el principio de inocencia de la persona que puede verse involucrada dentro de un proceso judicial con todas sus garantías legales, que tiene como norte el orden justo, principio y al mismo tiempo garantía constitucional que debe ser evidenciado como finalidad de cualquier tipo de actuación, este ya sea de carácter administrativo o judicial, toda vez, que la justicia dentro de su razón filosófica cuenta con muchas definiciones, sin embargo a modo de conceptualizar, nos remitiremos como la señalada por Rawls (1971) en su teoría de la justicia, en la que podemos señalar que aquellos que “estando bajo este velo de ignorancia se le pediría a las personas que eligieran las reglas que gobernarían la sociedad en la que ellos, luego de la decisión, se verían forzados a vivir”(pág.25); en nuestro modelo de Estado, es preciso señalar, que si bien, la justicia es un valor y principio constitucional, este no puede ser llamado a ser un fin que se debe conseguir a todo costo, este debe respetar los principios y garantías constitucionales que nuestro Estado ofrece y profesa, si bien, el ánimo de justicia por parte de la ciudadanía es normal, lo bien cierto, es que no podemos hablar de justicia violando las garantías que el mismo debo ofrecer, el presente documento, es el resultado de un proyecto de investigación adelantado por el autor, que tiene como finalidad evidenciar cuales son los limites y criterios que deben ser tenidos en cuenta, para que las pruebas que son obtenidas en la órbita de la esfera privada de una persona, puedan ser admitidas y/o permanecer dentro del proceso, circunstancias que le permite que la verdad se evidencie en este proceso penal.

Lo anterior permite referirnos a las teorías de la eficiencia y de las garantías, ambas que tiene una visión diferente frente a la visión que permite garantizar el proceso acusatorio, este tipo de teoría tiene múltiples colisiones una con la otra dentro de sus percepciones, sin embargo, podemos destacar como pertinente a lo largo del trabajo, la colisión con la exclusión de la prueba, ya sea para las pruebas que se relacionan como ilícitas y las ilegales.

Ahora bien, centrándonos en el objeto de investigación resulta preciso señalar, que dentro de la doctrina y la jurisprudencia podemos encontrar múltiples conceptos y definiciones en lo que corresponde con el derecho a la intimidad personal, sin embargo, por nuestra parte consideramos más pertinente el señalado por nuestra honorable Corte Constitucional (1998), que sentó que “este se ha entendido como aquella esfera o espacio de la vida privada en el que no están permitidas las interferencias arbitrarias e injustificadas de las demás personas, lo que le permite a su titular actuar libremente en ese espacio de fuero personal, en ejercicio de su libertad individual y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (pág. 4), dicho derecho se configura como un pilar fundamental de la dignidad humana, sin embargo, “este derecho no es un derecho absoluto y por lo tanto puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneo, proporcional y necesarias en una sociedad democrática” (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2012), esta actividad de intromisión a la esfera privada debe cumplir con los pautas señaladas dentro del ordenamiento jurídico, esto en atención que si bien es cierto, el Estado puede tener un noble deseo al buscar la verdad, con la finalidad de impartir justicia y regular la relaciones entre los hombres, lo que no se puede pasar por alto, es que si este mismo viola las garantías que este dice proteger, no será más que el presunto delincuente; atendiendo los criterios de la regla de exclusión dentro de sus prohibiciones de admisión, valoración y autorización, en atención que estos son contaminantes dentro del proceso.

Para actualizar concepto referente a la prueba violatoria al derecho de la intimidad personal y su eventual exclusión en nuestro proceso penal colombiano, nos tomamos la tarea de dividir el presente documento en cuatro sesiones, que permite dar respuesta a nuestros interrogantes señalados en la sesión de proyecto de investigación que seguirá a

continuación; antes de dar inicio, es preciso señalar, que el enfoque de la presente monografía es básico jurídico. Los métodos a los cuales se le dieron prioridad fue el analítico, el sintético y a su vez el descriptivo. La fuente principalmente consultada fue la Jurisprudencia de nuestras altas cortes nacionales, sin dejar a un lado, la doctrina nacional e internacional; permitiéndonos actualizar concepto actual referente a la situación que se pretende estudiar.

La presente monografía es el primer paso en camino de muchas investigaciones acerca de las garantías procesales y el derecho penal constitucional, línea de investigación adscrita el autor.

1. Derecho a la intimidad personal en Colombia

“El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneo, proporcional y necesarias en una sociedad democrática... trayendo como consecuencia que la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la convención” Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

Este primer capítulo nos limitaremos a desarrollar y alcanzar el objetivo específico como es: Establecer el lineamiento jurisprudencial de los pronunciamientos de las Altas Cortes en Colombia y las Cortes Internacionales en relación con el derecho a la intimidad personal y su eventual intromisión a la luz de la Constitución Política de 1991 y su bloque constitucionalidad.

Para esta tarea, exploraremos y definiciones previas en relación al tema a estudiar, procediendo con la importancia al derecho a la intimidad personal en nuestro modelo de Estado, a su vez abordaremos la procedencia de la intromisión de dicho derecho y sus pautas, concluyendo con la evolución que ha tenido el ordenamiento jurídico referente a la intromisión al derecho a la intimidad personal.

1.1.Aproximaciones conceptuales

A la luz de nuestra constitución política de 1991, trajo consigo varios cambios, entre esos, la superioridad de los intereses de la persona y la relevancia que le dieron a los derechos fundamentales, muchos de estos caracterizados a su vez como principios y valores constitucionales.

El hombre desde que adquirir tal statu, adquiere un fortaleza legal, lo anterior en palabras de los juristas Truyol y Serra (1984) que afirman “el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos

de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados” (pág.111).

1.1.1. Derechos fundamentales en la carta magna de Colombia

Los derechos fundamentales, no pueden ser tomados como una categoría nada mas, toda vez, que estos surgieron “ante la necesidad de la no repetición de los actos de barbarie que ocurrieron en las dos guerras mundiales del siglo XX - que marcaron determinante la historia y la humanidad, sin desconocer, los diferentes acontecimiento y evidencias históricas que por medio de la evolución de las civilizaciones y de la misma especie humana, se han registrado” (ballesteros, 1999, pág. 85), como fue las guerras mundiales; acontecimientos históricos que dejaron por parte de la especie humana, el nivel más alto de barbarie.

Una de las características más notables dentro de la estructura de un modelo de Estado como es Colombia – Estado Social de Derecho- se puede evidenciar la priorización a los derechos fundamentales, como aquellos inherentes de las personas que le permite que este pueda desarrollarse como ser humano dentro de la sociedad, no obstante, entrar a conceptualizar este no ha sido fácil por parte de nuestros estudiosos de derecho, en atención que son múltiples los debates en relación con este tema, a pesar de esta situación, se requiere señalar que la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos- Sentencias T-406 de 1992, , T-227 de 2003, T-423 de 2003 y T-1086 de 2003- se atrevió a dar unas aproximaciones en referencia a este concepto, de los cuales podemos unificar y resaltar que la corte (2003) resalto que “su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona” (págs. 7-8). Por lo que nos permite inferir que los derechos fundamentales hacen parte esencial de la condición de persona, sin embargo, podemos traer alusión otro fallo donde la Honorable Corte Constitucional (1992) preciso:

“Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal; lo anterior en atención que estos derechos fundamentales constituyen

las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posibles” (pág.6).

Es necesario hacer la siguiente aclaración, y señalar que es una idea errónea de considerar únicamente los derechos fundamentales los que consagra nuestra constitución política en su capítulo de derechos fundamentales – art. 11 a 41-, vale la pena aclarar, que nuestra Corte Constitucional a lo largo del tiempo se ha dado la tarea de reconocer mediante sus pronunciamientos otros derechos de rango de fundamental, que no se encuentran prescritos en título antes en mención, estos como los derechos a la salud, derecho a la eutanasia entre otros.

Estudiosos como Ferrajoli (2006) señalan que “los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente”(pág.122); permitiendo de estas manera que aquellas personas cuenten con un resguardo legal mínimo su condición de ser humano, evitando de estas maneras tratos y condiciones inhumanas.

El Estado Social de Derecho, debe ser una forma de Estado que propenda por la igualdad social real, que tiene “como obligación de proteger los derechos de los trabajadores, del arrendatario, el de la mujer y el de la juventud, el de la seguridad social, de asistencia médica, el de educación, entre otros, que conlleven a un Estado Democrático” (Borda, 2007, pág. 83); de esta manera, se permite dignificar el ser humano.

Señalando lo anterior, procederemos a dar cumplimiento a la tarea encomendada, la cual es señalar la conceptualización que ha intentado dar las altas corte referente a que son los derechos fundamentales, por lo que, traemos alusión otro pronunciamiento de nuestra Corte Constitucional (1992) fue contundente al señalar:

“Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, (...), etc.” (pág. 9).

Dicho de otra manera, son estos derechos fundamentales, son los que nos permiten desenvolvemos como seres humanos libres, vivir como cada uno le parezca y contar con garantías que le permitan formarse y desarrollarse como este quiera, siempre que no afecte derechos de terceros; por lo anterior, estos derechos además de caracterizarse por ser garantías del ser humano, podemos a su vez, señalar que estos son los presupuestos mínimos que requiere uno, para nuestro modelo de Estado, no sea un mero título enunciativo en el que señala que es un Estado Social de Derecho; reconociendo que estos “derechos se identifican por ser imprescriptibles, es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo” (Marín, 2014, pág. 230); por lo que permite señalar, estos derechos fundamentales, son el sustento de nuestra dignidad humana; A su vez, la Corte Constitucional (1992). “no se detuvo en conceptualizar y resaltar la importancia de los derechos fundamentales, se dio a la tarea de señalar que estos se caracterizan porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana” (pág.6); por lo anterior, se requiere señalar que dentro de los pilares que estructuran el Estado Social de Derecho se evidencia la real preocupación por tener claro el concepto de que son los derechos fundamentales, que si bien, fueron señalados anteriormente, se requiere precisar, como se ha sostenido el criterio de la Honorable Corte Constitucional y traer a alusión que está en su jurisprudencia (2003) ha señalando: “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (pág.11); lo que ha permitido tener una puerta abierta a enunciar nuevos derechos fundamentales.

De manera que la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional (2016). fue enfatiza al señalar la importancia de los derechos fundamentales en nuestro modelo de Estado colombiano, siendo contundente de que esta no puede ser tomado como una simple palabra o calificativo, en atención que estos son “el fundamento de los derechos constitucionales se desprende de su relación con la dignidad humana, por lo cual es necesario evaluar la existencia de consensos ya sean dogmáticos, legislativos o de derecho internacional para valorar qué es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo” (pág. 17); una vez dicho lo anterior, nos permitimos ahora continuar con el desarrollo de la noción de la dignidad humana, acertando con el estudiosos Cantor y Anaya (2008) señalando “los derechos humanos son una locución directa de la expresión de la dignidad de ser humano” (pág.85).; así las cosas, nos permite ubicarlo como un parámetro que debe ser plenamente identificado para más adelante, abordar la problemática del presente capítulo como es el derecho a la intimidad personal.

Es preciso anotar que de acuerdo con el doctor Quinche Ramírez (2009) resalto que nuestro modelo de Estado Social de Derecho señalo:

“La dimensión de la vinculación social del estado, que implica la obligación de los poderes públicos de velar por la previsión, distribución e igualación de los bienes materiales y de cultura; la dimensión de la referencia social de los derechos fundamentales, que impone la obligación de interpretar estos derechos, desde el principio de garantía de la libertad; la dimensión de la obligación del estado de articular la sociedad desde bases democrática” (pág. 49).

Muchos de los derechos fundamentales constituyen la dignidad humana, condición mínima que debe cumplir cualquier persona que le permite saber que está dentro de una sociedad democrática.

1.1.2. Dignidad humana

El término de la dignidad humana, así mismo como el de los derechos fundamentales, dentro de nuestro modelo de Estado, no puede ser tomado como un calificativo que permite darle status a una persona, toda vez que dentro de la filosofía señala que lo digno es aquello que no tiene precio”, o que “la humanidad es en sí misma una dignidad” (Kant, 2007, pág.

43) esta condición es supuesto básico que le permite al ser humano contar con múltiples garantías para que de esa manera su rol dentro de la sociedad cumpla con una calidad de vida acorde a los principios que rigen el modelo de Estado, no obstante, procederemos a traer a alusión fallos de nuestra honorable Corte Constitucional, que permita tener al lector tener una noción mas solida frente a este principio y derecho fundamental.

Sea lo primero en indicar, que el filósofo Emmanuel Kant (1797) , fue unos de los primeros en impactar en las orbitas de la filosofía el término de dignidad humana, dándole prelación a la persona la oportunidad de poder desarrollarse y dominarse así mismo, resaltando el valor interno de la persona, remitiéndonos a sus palabras textuales este señalo:

El ser humano, considerado como persona, está situado por encima de cualquier precio, porque, como tal, no puede valorarse solo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo; es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad. (pág. 229).

De lo anterior, podemos señalar, que la importancia de este concepto no ha sido ajeno a la humanidad, la preocupación de las garantías de las personas para que esta se le permita desarrollarse de acuerdo a sus intenciones de manera independiente, ha suscitado desde hace años, desde la época del holocausto naci en nuestro libros de historia, como a su vez, por la asamblea nacional constituyente, al darle en su prioridad en su artículo primero al resaltar que nuestro país está fundado en el respeto de la dignidad humana – Constitución Política. Art 1.-, como un presupuesto más que necesario, que se encuentra integrado por múltiples principios, valores y derechos que permitan el reconocimiento la protección a esta.

Por otra parte, no basta la consagración de este concepto en nuestro artículo primero, esta la podemos considerar como una manifestación por parte de la asamblea constituyente de querer prevalecer esta condición, sin embargo, no entro de desarrollarla como debe ser, esta tarea fue asumida por muchos doctínate y estudiosos de las ciencias jurídicas, y nuestra Honorable Corte Constitucional no fue la excepción.

El concepto de dignidad humana por nuestra Honorable Corte Constitucional (2006) señalo que esta “(i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.” (pág. 255); teniendo presente, que en contexto, la Corte Constitucional (2002), que este precepto se refiere “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” (pág. 16); adicional a lo anterior, podremos traer a alusión que la Corte Constitucional (2004) dejo por sentado, que el ámbito de la protección a “la dignidad humana implica, su protección en el ámbito a la dimensión individual y social de la personal, haciendo un énfasis en la construcción social de la realidad y la valoración social de ciertas conductas, desde sus niveles particulares de significado, son las que en últimas determinan el ámbito de lo prohibido y de lo que resulta objeto de amparo constitucional” (pág. 19); por lo que permite señalar, que esta condición requiere una relevancia dentro de todas las actuaciones como de carácter administrativo, como al mismo tiempo de carácter judicial.

Los conceptos y aproximaciones de lo que son los derechos fundamentales y la garantía de la dignidad humana, trae consigo múltiples consagraciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que permite inferir, que son múltiples las herramientas que cuenta el humano para preservar su status de hombre digno; sin embargo, como en el derecho no se basta con que las normas se encuentren consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario contar herramientas que permitan aplicar estos status o blindaje que han sido la ganancias a múltiples revoluciones y debates en la historia, por lo cual traeremos a continuación el tema de los principios y valores, estos requeridos para que la interpretación y aplicación del derecho sea en su aplicación coherente con nuestro catalogo de garantías que nos brinda nuestro Estado Social de Derecho.

Así las cosas, sea lo primero en indicar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra jurisprudencia, el termino de dignidad humana, ha sido categorizado como un

principio, valor, y derecho de rango constitucional, de vital importancia, como ya mencionamos anteriormente, no obstante, muchas preguntas surgen al momento de estudiar este tema, tales como, ¿qué se entiende que este es principio, valor y derecho?; ¿qué diferencia podemos resaltar entre uno y el otro?, o lo que resulta más importante, ¿Qué son?, ¿para qué sirven?, ¿Cómo funcionan?, ¿existe alguna diferencia?, y lo aun más pertinente ¿Qué tiene que ver este con el derecho a la intimidad personal?.

Enmarcados los anteriores interrogantes, procederemos a desarrollar la temática de los principios y valores en nuestro ordenamiento constitucional, concluyendo con los derechos fundamentales haciendo un énfasis en el derecho a la intimidad personal.

1.1.3. Principios y valores constitucionales

Abordando el tema de los principios y valores de rango constitucionales, resulta pertinente señalar que estos además de herramientas que permite en una eventualidad interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de manera correcta y sistemáticamente; estos son aquellos instrumentos que siempre mantiene un orden jurídico de manera estática, toda vez, que la sociedad y los comportamientos de ellos siempre se encuentran en constante cambio, y gracias a estos permite que la justicia pueda alcanzarse.

Ahora bien, en relación con este tema, vale la pena señalar que han sido muchos los estudiosos respecto a este tema de que son los principios y valores, sin embargo, nuestra honorable Corte Constitucional desde sus primeros fallos abordó esta temática y al desarrollo, a fin de que no exista controversia y de esa aplicar correctamente la justicia colombiana.

1.1.3.1. Principios Constitucionales

La Corte Constitucional (1992) señaló, “el juez constitucional dentro de nuestro modelo de Estado es un portador de la visión institucional del interés general.” (...) “El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial

son ambos procesos de creación de derecho” (pág. 13); al mismo tiempo, no podemos pasar por alto que los principios son normas y valores jurídicos, lo que permiten que exista armonización en el orden jurídico y la aplicación de este para cada caso concreto, además de lo anterior, estos principios se caracterizan en atención de : “(i) Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato; (ii) Son normas de carácter general, aplicables al universo de casos y sin restricción por especialidad jurídica. (Participación, Buena Fe, Defensa.); (iii) Normas que deciden los casos difíciles o complejos; y (iv) Sus conflictos son resueltos por ponderación”. (Ramírez, 2007, pág. 82); así mismo Vélez (2011) “Señala que los principios son pauta de interpretación obligatoria como partes de la Constitución que, en virtud del artículo cuarto, adquieren toda la fuerza de la primacía constitucional. Expresa que un principio no puede ser desconocido por otra norma legal o constitucional, tampoco por otro principio no expresamente señalado por la Constitución” (pág. 54). Sin embargo, encontraremos los famosos choque de principios, del los cuales estudiosos como Robert Alexys señala la ponderación de estos, sin embargo, esto será objeto de estudio mas adelante.

1.1.3.2. Valores Constitucionales.

Los valores se entiende como herramienta axiológicas que permites, no solo la aplicación de la normatividad, se entiende, como aquellos que le dan el deber ser de la norma, entiéndase esta descripción, como el que le da el alma a las herramientas jurídicas, otros autores señalan que estos “se configuran las opciones ético sociales básicas que deben presidirse el orden político, jurídico, económico y cultural de un estado”(Corte Constitucional, 1994); al mismo tiempo, los estudiosos del derecho como Pérez (1995) configuro esta en tres dimensiones como son:

“(i) Sirven de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto; (ii) Orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional; y (iii) Ejercen una función crítica en cuanto sirven de criterio o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas” (pág.288).

A su vez, Pérez (1995) señala “los valores son normas jurídicas porque hacen parte de la constitución. Fuera de ese contexto pueden tener un significado muy diferente, ya sea moral, filosófico o religioso, dependiendo del ámbito en el que aparezcan insertos. Cuando se habla de igualdad de los hombres ante la ley, el valor igualdad tiene un significado jurídico constitucional; contrario de hablar por ejemplo de que todos los hombres son iguales ante los ojos de Dios, el valor igualdad tiene matiz religioso” (pág. 288); por otra parte, nos permitimos señalar, que los principios y los valores de rango constitucional, no tiene mucha diferencia al momento de su aplicar, sin embargo, con fines meramente académicos, procederemos a señalar la diferencia entre el uno y el otro.

1.1.3.3. Diferencias entre principios y valores constitucionales

Estos pueden aplicarse de manera conjunta y permite ambos la aplicación y la interpretación del ordenamiento jurídico; en cuanto a la diferenciación por parte de conocimiento del estudioso del derecho Vélez (2011) afirma: los principios son “aquellos representan prescripciones jurídicas que definen el campo de aplicación axiológico y político, lo que hace de ellos normas de aplicación inmediata, a diferencia de los valores que fungen como fines del derecho” mientras que a su vez, los valores “que fungen como fines del derecho” (pág.54). sin embargo, nuestra jurisprudencias de nuestra Honorable Corte Constitucional (1992), señalo frente esta diferenciación que “los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (pág. 11); a si las cosas, es por esto, que los principios y los valores de rango constitucional juegan un papel indispensable para el operador jurídico, puesto que mediante estos se le permite hacer una aplicación correcta y sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, que esté de acuerdo con los fines de nuestro mismo Estado.

Así mismo, podemos el concepto actualmente acogido por la corporación es el que refrenda el profesor alemán Robert Alexy (1993), quien, refiriéndose a la distinción existente entre principios, reglas y valores, sostiene:

“El punto decisivo para la distinción entre Reglas y Principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes”. Por lo tanto, «los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas’. En cambio, ‘las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no’. Por ende, ‘si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos’. Por lo que, ‘las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (pág.86-87).

- Autores, como Echeverry (2019) realizo un estudio, en el que se encargo de hacer un estudio entre estas dos instituciones:

Tabla No. 1 Principios & Valores

| Los principios | Los valores |
|---|--|
| <p>“Sean una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de ser parte de la Constitución misma y estar dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede –en ciertos casos– necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial” (pág.7-8).</p> | <p>“Son normas que establecen fines dirigidos a las autoridades creadoras del derecho, esto es, al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva o advierte un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino cualitativa, tal como lo advierte Alexy; por lo tanto, su eficacia es igualmente diversa. Los principios, por el hecho de ser más específicos que los valores, tienen una mayor eficacia y capacidad para ser aplicados directa e inmediatamente, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa o jerárquica, sino de eficacia. “Las normas como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad, aumentan su espacio de influencia”, tienden a ser más abarcadores, pero pierden concreción y especificidad, disminuyendo su capacidad para resolver el caso concreto. En otras palabras, los valores son</p> |

más generales que los principios; de ahí su déficit en términos de eficacia” (pág. 8-9).

La tabla No. 1 muestra dos la conceptualización de cada uno de los términos ya estudiados, tomando como fuente (Echeverry Enciso, 2019, págs. 6 - 10).

1.3.3.4. La ponderación de Principios

Los choque de principios, no es novedad hoy en día para lo estudiosos del derecho, la herramienta de la ponderación de principios como mecanismo para la solución de problemas difíciles, ha sido de gran ayuda, gracias a esta permitió como derechos reconocidos hoy como el del aborto, mediante sentencia de nuestra honorable Corte Constitucional, permito que para tres casos, esta practica fuese legal; haciendo la anterior claridad, podemos señalar que nuestra honorable Corte Constitucional ha venido siguiendo la aplicación de los métodos de solución de conflictos entre los choque de principios, la prevista por el maestro Rober Alexy (1993), que señala:

“Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción’. Pues ‘más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro’, y ‘bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionado de manera inversa” (pág. 86)

Una vez atendido los conceptos anteriormente señalados, y teniendo una noción básica de lo que son conceptos básicos como lo son los derechos fundamentales, la dignidad humana, y los principios y valores de orden constitucional, como a su vez, la ponderación de estos, procederemos a analizar y entender la figura del derecho a la Intimidad Personal.

1.2.Derecho a la intimidad personal en Colombia

Dentro de la doctrina son múltiples las definiciones o conceptos que podemos evidenciar referente al termino derecho a la intimidad personal, sin embargo consideramos pertinente iniciar e inclinarnos por el de nuestra Honorable Corte Constitucional (1998) no se ha abstenido a reconocer este derecho y lo más importante a definirlo y así como conceptualizarlo, señalo: “este se ha entendido como aquella esfera o espacio de la vida

privada en el que no están permitidas las interferencias arbitrarias e injustificadas de las demás personas, lo que le permite a su titular actuar libremente en ese espacio de fuero personal, en ejercicio de su libertad individual y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (pág. 4), sin embargo, en atención de la ponderación que requiere tener clara este tipo de concepto y definiciones, procederemos hacer un estudio referente a este.

1.2.1. Aproximaciones legales y conceptuales al derecho a la Intimidad

La primera consagración en la norma suprema –Constitución Política- en su artículo 15, esta consagra entre otras garantías, el derecho que tiene toda persona a su intimidad personal y familiar, este al mismo tiempo señala que la correspondencia y demás formas de comunicación privadas son inviolables, pero como se menciona anteriormente, este derecho no es absoluto, puede ser vulnerado siempre que exista una orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca nuestro ordenamiento jurídico; Así las cosas, el artículo 15 “establece una serie de garantías para su protección: (i) el deber del Estado y de los particulares de respetarla; (ii) la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, salvo el registro o la interceptación por orden judicial, en los casos y con las formalidades de la ley y; (iii) la reserva de los libros de contabilidad y demás documentos privados, salvo su exigibilidad para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, en los termino que señale la ley” (Colombia. Corte Constitucional, 1995, pág. 13); este derecho es considerado como de primordial importancia, tanto así, que este mismo tiene un reconocimiento internacional.

Por otra parte, es necesario traer a alusión algunos de los instrumentos internacionales de derecho humanos que consagran dicha garantía tales como:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 señala que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su

honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2 prevé: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Este derecho “hace parte de la esfera privada, aquel espacio de la vida íntima de la persona no susceptible de intromisión arbitraria de los demás, toda vez que este es considerado un elemento esencial que da carácter al ser humano de una persona digna, este se concreta a poder actuar libremente en esa esfera o núcleo, en ejercicio de su libertad personal, sin ningún tipo de limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 1998, pág. 4). Como se reitero anteriormente, se trae a alusión este concepto, toda vez, que se resalta la protección que hace el Estado por parte de nuestro derecho constitucional.

La esfera privada, podemos considerarlo en atención de lo anterior, como una órbita que le permite al ser humano contar con un espacio personal en la que con toda libertad y dentro de su espacio formarse así mismo, por lo anterior, permite que este se desenvuelva libremente, crearse así mismo convicciones y desarrollarse como este considere que es correcto, esto siempre que no afecte derecho de terceros; si este espacio permite al ser humano desarrollarse como este considerar pertinente, formar sus ideas y convicciones, contar con esa libertad sin estar sujetos a objeciones por parte de los demás, esta garantía, permite que el ser humano pueda formarse como este quiera, y de esta manera, podemos complementar hacer conexión con otros derechos como es la garantía a la dignidad humana, así las cosas, la Corte Constitucional (1995) se pronuncio al señala que “el derecho a la intimidad hace parte del ámbito personal de cada individuo, es decir, aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños” (pág. 14).

Todas estas observaciones se relacionan también cuando Corte Constitucional (1997) referente a este punto del asunto señalo: “El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo,

este que lo podemos considerar como el resguardo de sus posiciones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no cabe legitimada de intromisiones externas” (pág. 5); no solo eso, sino también se ha establecido, que “el derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 1992, pág. 16); conviene subrayar que este derecho cuenta con unos niveles y grados, los cuales serán señalados a continuación:

1.2.2. Niveles y Grados en relación al derecho a la intimidad

Al hablar al derecho a la intimidad, la Corte Constitucional (1995) distinguió “entre diferentes niveles de privacidad de la información de los particulares. Estos, en primer lugar, la corporación señaló la esfera personalísima del derecho a la intimidad está integrada por “*aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente esta sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños*” (pág. 14); por otra parte la Corte Constitucional (2005) “en su afán por sistematizar la dogmatica sobre lo que debe considerarse íntimo, en su sentido más estricto, y lo que, siendo personal, puede ser objeto de conocimiento público, la Corte ha sostenido que la información que atañe a un individuo puede limitarse en grados de reserva” (pág. 229); habría que decir también que la Honorable Corte Constitucional (2004), además de señalar que entre los nominadores grados de intimidad se encuentra (i) el personal, (ii) familiar, (iii) social y (iv) el gremial, delimitando el núcleo esencial de esa garantía, identificándolos de la siguiente manera:

Tabla No. 2 los nominadores grados de intimida

| Grado | Sustentación de la Corte (pág.26). |
|-----------------|--|
| (i) El personal | “Este alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida” (pág.26). |

| | |
|------------------|---|
| (ii) El familiar | “Este responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual”, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (pág. 26). |
| (iii) El Social | “Se reconoce porque involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones a tenientes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse-en estos casos-el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana” (pág.26). |
| (iv) El Gremial | “Este último se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse-conforme a derecho-la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual”(pág.26). |

La tabla No. 2 enumera y señala la clasificación de los distintos escenarios que llega el derecho a la intimidad, por lo que tomamos como base, la jurisprudencia Constitucional (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2004, pág. 26).

Se debe agregar que la Honorable Corte Constitucional (2009) Señala referente a estos grados de intimidad:

“Supone la existencia y goce de una órbita reservada a cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que **le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural.** En efecto, aun cuando se reconoce en el hombre la tendencia natural hacia la socialización, no por ello en un Estado social demócrata puede obligarse a las personas a darle publicidad a los aspectos más íntimos y propios de su proyecto de vida personal, pues en ciertas ocasiones los individuos prefieren el ser dejados solos y adoptar comportamientos como el guardar silencio ante las inquietudes de los demás” (pág. 37)

Nada de lo expuesto hasta aquí, ha sido distinto al señalar que este es un derecho de vital importancia, que permite el desarrollo de la persona, sin embargo, se reiterado en varias ocasiones que este, no es un derecho de carácter absoluto, por lo que permite inferir que esta juego a restricciones; estas por lo general son necesarias, “cuando este derecho afecta derecho de terceros, o con defensa de intereses superiores del ordenamiento” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2007, pág. 20)

1.3. Restricciones al derecho a la intimidad

Iniciaremos con el presente punto, señalando como primero la jurisprudencia internacional, por la cual la Corte Interamericana de Derecho Humanos (2012) señaló: “El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneo, proporcional y necesarias en una sociedad democrática... trayendo como consecuencia que la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la convención” (INTERNACIONAL. Caso Escher y otros Vs. Brasil, 2012); ahora bien, admitir que este derecho no es absoluto, permite inferir que existen situaciones en la que cierta información individual puede y debe ser divulgada; a si las cosas, nuestra Corte Constitucional (1997) ha señalado que “las personas se ven impelidas a sacrificar parte de su intimidad como consecuencia de las relaciones interpersonales que las involucran. En otros casos, son razones de orden social o de interés general o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal Principios que permiten determinar la legítima intervención pública en la esfera de lo íntimo” (pág. 5); al mismo tiempo, es preciso aclarar que existen situaciones en las cuales los portadores del derecho a la intimidad se ven en la necesidad de renunciar un poco a su intimidad, puesto que están pasando a ser un poco la esfera pública, ahora bien, procedemos señalando que la honorable Corte Constitucional (2013) señaló:

En todo caso, el ámbito ontológico de la intimidad solo puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de *“interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”*. De ahí que la Corte haya manifestado que *“salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su*

reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público". Igualmente ha indicado que las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto del sistema democrático (pág. 43).

Lo anterior en consonancia, que si bien, nuestro derecho a la intimidad debe cumplir con unas pautas para que estas sea sujeto a intromisión, señala que debe existir razones, estas que deben ser justificadas y puesta en conocimiento, señalado al mismo tiempo, que debe ser residual, al mismo tiempo, no duda este en precisar, esta debe ser razonable y proporcional, por lo anterior, no podemos pasar por alto que en la providencia de nuestra Corte Constitucional (2013) antes señalada también se señalo dos conclusiones reseñadas a continuación :

- (i) “una primera conclusión al estudio de la intimidad, permite fijar la siguiente regla: salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público” (pág.42).
- (...)
- (ii) “una segunda conclusión al estudio de la intimidad, permite fijar la siguiente regla: El alcance del derecho a la intimidad de un sujeto, depende de los límites que se impongan a los demás, como exigencia básica de respeto y protección de la vida privada de una persona. La existencia del núcleo esencial de dicho derecho, exige que existan espacios medulares en donde la personalidad de los sujetos pueda extenderse en plena libertad, pues deben encontrarse excluidos del dominio público. En aquellos espacios la garantía de no ser observado (el derecho a ser dejado sólo) y de poder guardar silencio, se convierten en los pilares esenciales que permiten asegurar el goce efectivo del derecho a la intimidad” (pág. 44).

En concordancia con lo antes planteado, podemos traer a alusión los argumentos señalados en la sentencia T-797 de 2004 de nuestra honorable Corte Constitucional, en la que recogió cinco principios que permiten determinar la legitimidad de la intervención pública en la esferas de lo intimo, y esta ha sido reiterativa en otros pronunciamientos: “son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales,

se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás” (pág.43). Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos:

- I. “**El principio de libertad**, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas” (pág.44) .
- II. “**El principio de finalidad**, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad” (pág.44). (...)
- III. “**El principio de necesidad**, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo” (pág.45).
- IV. “**El principio de veracidad**, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos” (pág.45).
- V. “**El principio de integridad**, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados” (pág.45).

Clasificación de principios tomados de nuestra jurisprudencia constitucional. (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2013, págs. 44 - 45).

Atendiendo lo anterior, “el conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2013, pág. 45).

1.3.1. El alcance y los límites de la interceptación de comunicaciones.

Como se ha señalado a lo largo del presente capítulo, se manifestado y argumentado las razones legales y jurisprudenciales por lo cual, el derecho a la intimidad personal no es un derecho absoluto y este puede ser sujeto a interceptación, si aceptamos que este no puede ser injustificada, y mucho menos que la lesión a esta garantía sea irrazonable y desproporcional; por otra parte, existe límites de esta invasión, que no pueden ser vulnerados, sin importar las situaciones, estos son inviolables, tales como se señalara a continuación:

1.3.1.1. La inviolabilidad de las comunicaciones.

Por regla general las comunicaciones que se sostienen dentro de la intimidad o la esfera privada son de carácter reservadas, deben ser inviolables, sin embargo, esa es la regla general, podemos observar que nuestra honorable Corte Constitucional (1994) resalta que “El secreto de las comunicaciones es considerado como un derecho individual resultado del *Status libertáís* de la persona, que garantiza a esta un espacio inviolable de la libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad y al Estado” (pág. 116); habría que decir también que en relación con la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, la Corte Constitucional ha señalado a lo largo de su jurisprudencia que “el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es interceptada por agentes del Estado” (Corte Constitucional, 1993), así lo ha sostenido nuestro Corte Constitucional en varios pronunciamiento como fueron la sentencia T-349 de 1993 y C-179 de 1994.

Aquella “interceptación ilegal de comunicaciones es entonces una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales” (Corte Constitucional, 1994), por ello, todas estas acciones por parte del Estado con la finalidad deben contar con un procedimiento previamente planteado y señalado por nuestra ley, en el que la lesión a este derecho, sea mínimo.

1.3.1.2. La investigación de las conductas delictivas a través de la interceptación de las comunicaciones

La necesidad de sentirse protegida la sociedad por parte de su Estado, es por naturaleza un sentimiento más que comprensible y real por parte de nosotros los ciudadanos, toda vez, que el Estado debe procurar por velar por los principios y valores que este mismo promulga, ante esta situación, “el acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido” (Corte Constitucional, 2007); lo anterior teniendo en cuenta una ponderación de principios.

Una vez, que son puestas en conocimiento a las autoridades competentes, conductas que se pueden describir como conductas punibles – noticia criminal-, corresponde a los competentes, adelantar las respectivas acciones que permitan identificar la existencia de una conducta punible, en consecuencia “el acceso a sistemas de información por parte de las respectivas autoridades se legitima, pues el objetivo de dichas investigaciones no es otro que salvaguardar el interés general, en la medida en que pretenden frenar y sancionar conductas tipificadas como delitos dados los nefastos efectos sociales que ellas producen” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2000, pág. 45); por mandato constitucional, el numeral segundo del artículo 250 de nuestra carta política, señala que la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones de adelantar registros, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, evento el cual el juez de control de garantías efectuara un control posterior respectivo, la diligencia de interceptación u allanamiento con fines de investigación penal entre tensión con el derecho a intimidad, en tanto las intervenciones que se realizan a los datos personales que pueden comprometer el derecho a la intimidad.

A si las cosas, el recaudo de la información debe hacerse con escrúpulos acatamiento de las cautelas que la propia constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales que pueden verse afectados, dentro de una investigación criminal.

1.3.1.3. La necesidad de control de las interceptaciones

El artículo 15 de nuestra carta magna, señala de manera expresa que “las comunicaciones privadas no puede ser objeto de interceptación o registro, sino mediante una orden judicial por un caso específicamente autorizado por la ley y siempre y cuando se cumplan de manera específicas las formalidades que establece nuestro ordenamiento jurídico”, en ese sentido, la Honorable Corte Constitucional (2002) se pronuncio respeto a este punto, señalando que “han de ocurrir para proteger ese derecho fundamental, las tres ramas de poder público: **(i)** el legislador, que debe señalar en cuáles casos y de acuerdo con cuáles formalidades; **(ii)** el juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación, **y (iii)** el ejecutor de la orden impartida que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a las formalidades de la orden” (pág. 46); En contraste con lo anterior, el artículo 14 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal- consagra, “dentro de los principios rectores y garantías procesales, el de la intimidad, niega la posibilidad de que se realicen registros, allanamientos o incautaciones en domicilios o residencias o lugar de trabajo, sin la orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, imponiendo además el acatamiento de las formalidades y motivos previstos y definidos en el código antes en mención, exceptuando eventos de flagrancia y demás contemplados en la ley” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 34).

Una vez abordada la temática anterior, es procedente señalar que la Corte Constitucional (2009) señalo “en cumplimiento del artículo 250.2 superior, en el inciso 3° del referido artículo 14 se indica que en los eventos señalados en los incisos arriba descritos, deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el Juez de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación” (pág. 35); por lo anterior, debe señalarse que todas las interceptaciones se ven sujeta a “una serie de límites materiales independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, derivadas de la ley y de los principios que rigen las restricciones del derecho a la intimidad” (Corte Constitucional, 2014), señalados por nuestra Corte Constitucional en sentencia C-594 de 2014, resumiéndolos de la siguiente manera:

- i. “Las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley”.
- ii. “Requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las treinta y seis (36) horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución”.
- iii. “En virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En este sentido, el artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que señala que”: “el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético”.
- iv. “De acuerdo al principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del artículo 235 de la Ley 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones “cuya información tenga interés para los fines de la actuación”. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado”:

“Esa legitimación no alcanza para justificar la divulgación o uso abusivo de la información almacenada, la cual en tanto privada mantiene la garantía de protección que le brinda la Constitución a su titular, cosa distinta es que quepa dentro de lo dispuesto en el último inciso del artículo 15 de la Carta, que establece que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley - **Sentencia de la Corte Constitucional C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz**”- (Anotación en negrilla fuera de texto).
- v. “En virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos”.
- vi. “Por último, de acuerdo al principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados”.

Información tomado de la jurisprudencia de nuestra Honorable (Corte Constitucional, 2014).

1.3.2. *Antecedentes Legales de la regulación de las interceptaciones de comunicaciones en Colombia*

La regulación para la interceptaciones de comunicaciones por parte de los agentes del Estado, han estado siempre en una constante cambio, desde nuestra constitución política de 1886, hasta la fecha, han sido múltiples los intentos para regular esta acción, todas con la finalidad de materializar principios, como la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, con la finalidad de abordar esta temática, procederemos a traer a alusión el estudio histórico hecho y prestando por nuestra Corte Constitucional en sentencia C-594 de 2014, en la que abordo esta evolución histórico, resumidas a continuación:

Tabla No. 3 Reseña de la evolución Histórica de la intromisión legal al derecho de la intimidad personal

| Normatividad | Procedimiento |
|--|--|
| Constitución Política 1886 Art 43 | “No se refería a la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que contemplaba la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos. En este sentido consagraba que “las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales” |
| Procedimiento Penal de Colombia, Ley 94 de 1938 Art 340-341-342 | “Regulaba la detención y la interceptación de la correspondencia privada postal o telegráfica en los siguientes aspectos: (i) permitía que el funcionario de instrucción ordenara la detención de la correspondencia que el procesado recibía o remitía, (ii) autorizaba que el funcionario instructor ordenara en las oficinas telegráficas que se le facilitaran copias de los telegramas transmitidos o recibidos por ellos, si fueren conducentes al descubrimiento o comprobación de los hechos que se investigaban. Ambas modalidades requerían en todo caso dos requisitos: (i) que se dictara a través de acto motivado por el juez y (ii) que se citara al interesado”. |
| El Decreto 409 de 1971 Art 376 | “Reguló por primera vez de manera específica la interceptación de comunicaciones exigiendo que fuera ordenada por el funcionario judicial de instrucción con el objeto de buscar pruebas judiciales. Estas grabaciones se trasladaban al expediente por medio de escrito certificado por el juez”. |

El Decreto 050 de
1987

Art. 375 - 367

“Contempló nuevamente la posibilidad de que el funcionario de instrucción pudiera ordenar que se intercepten mediante grabación magnetofónica, las comunicaciones que se hagan o reciban en determinado teléfono y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En todo caso, contempló tres restricciones especiales: **(i)** no se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, **(ii)** el instructor dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso de grabación y **(iii)** las grabaciones se trasladarán al expediente por medio de escrito certificado por el juez”.

“En todo caso se disponía que los autos motivados mediante los cuales se disponga el allanamiento y el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica, o la interceptación de comunicaciones telefónicas, no se darán a conocer a las partes hasta tanto el juez considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia y que contra dichos autos no procede recurso alguno”.

La Constitución de
1991

C-1024 de2002
M.P. Beltrán
Sierra.

“Extendió la garantía de la inviolabilidad a todas las *“formas de comunicación privada”*, de manera tal que su interceptación o registro sólo pueda realizarse *“mediante orden judicial”*, lo que restringe la competencia para ello a los funcionarios de la rama jurisdiccional, pero con una limitación establecida por el legislador, pues ellos no pueden ordenar la interceptación o registro sino *“en los casos y con las formalidades que establezca la ley”*

El Decreto 2700 de
1991

Art. 351

“Reguló en este nuevo contexto la interceptación de comunicaciones señalando que “el funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso”. Sin embargo, teniendo en cuenta la inclusión de la Fiscalía General de la Nación en las investigaciones se señaló que cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías, exigiendo simplemente que la decisión se fundamente por escrito”.

“Adicionalmente, tal y como sucedía en el Decreto 050 de 1987 se estableció que: (i) no se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, (ii) el instructor dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso de grabación y (iii) las grabaciones se trasladarán al expediente por medio de escrito certificado por el juez”.

“Señalando que el funcionario judicial podrá ordenar que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En el caso de que la interceptación la realice la Fiscalía la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías”.

Ley 600 de 2000

Art 301 - 293

“Se consagran así mismo una serie de requisitos y restricciones: (i) deberá fundamentarse por escrito, (ii) se debe guardar reserva, (iii) no se podrán interceptar las comunicaciones del defensor, (iv) el funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación, las grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario y, (v) contra dichas providencias no procede recurso alguno”.

“Adicionalmente se señala que las providencias motivadas mediante las cuales se disponga la interceptación no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir en el desarrollo de la respectiva diligencia”

El Acto Legislativo
02 de 2003

C-816 de 2004
M.P. Córdoba y
Uprimny

“Intentó realizar una modificación en el artículo 15 de la Constitución dentro de la cual cabe destacar que se incorporaba el siguiente párrafo: “Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control

judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar”.

“La introducción del sistema acusatorio en Colombia requirió una serie de ajustes en el artículo 250 de la Constitución que se realizaron a través del Acto Legislativo 03 de 2002, pues en el nuevo sistema la Fiscalía General de la Nación no tiene facultades jurisdiccionales y por ello requiere actuar bajo la tutela y control del juez de control de garantías” (art250).

“En virtud de esta situación se señaló que el Fiscal General de la Nación puede adelantar interceptaciones pero con un control posterior a más tardar en las treinta y seis (36) horas siguientes:”

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:
(...)

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”.

“En todo caso, la Sentencia C-1092 de 2003 declaró inexecutable la expresión “al solo efecto de determinar su validez” , pues significó una restricción del concepto del control de garantías.

La Ley 906 de 2004, promulgada en desarrollo del modelo incorporado en el Acto Legislativo 03 de 2002,

“Contempla una regulación mucho más amplia de las interceptaciones telefónicas y del procedimiento que debe realizarse para su práctica: (i) El artículo 15 exige que para realizar una interceptación de comunicaciones se actúe en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. (ii) El artículo 114 le atribuye a la Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, la facultad de: “Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”. (iii) El artículo 146 exige que la interceptación de comunicaciones sea registrada y reproducida mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad. (iv) El artículo 154 requiere que se tramite en audiencia preliminar “El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”. (v) El artículo 155 señala que serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre la interceptación de comunicaciones. (vi) El artículo 235 establece que el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el

espectro electromagnético, cuya información tenga interés para los fines de la actuación. Adicionalmente se regulan los siguientes aspectos: (i) las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden; (ii) deberá fundamentarse por escrito; (iii) las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva; (iv) por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor; (v) La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron”.

MODIFICACIONES:

La Ley 1142 de 2007 realizó algunas modificaciones puntuales al régimen de interceptaciones contemplado en la Ley 906 de 2004

Art. 235

“(i) En primer lugar, efectuó una pequeña reforma al señalar que la interceptación se puede ordenar no solamente con el objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, sino también para la búsqueda y ubicación de imputados o indiciados. (ii) En segundo lugar, consagra que la orden expedida por el Fiscal para efectuar la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares tiene una vigencia máxima de tres meses, prorrogables hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron. En este sentido, faculta al Fiscal para que “a su juicio” prorogue la orden de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, hasta por otros tres meses, siempre que subsistan los motivos fundados que la originaron. Para tal efecto deberá tener presente los parámetros establecidos en el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, sobre el respaldo probatorio para los motivos fundados”.

“La Corte Constitucional declaró exequible la expresión “a juicio del fiscal” del artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, por medio del cual se modificó el 235 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que en todo caso, la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá estar sometida al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías”.

El artículo 52 de la Ley 1453 de 2011

“Agregó la ubicación de los condenados como otras de las finalidades de la interceptación, adicionando la expresión” “las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación”. Así mismo se agregó la expresión: “En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.”

Finalmente agregó un párrafo según el cual: “La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías”.

La información contentiva de la Tabla No. 3, contiene información tomada por la jurisprudencia de nuestra honorable Corte Constitucional en sentencia C-594 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB;

Así las cosas, la preocupación por el Estado de prevalecer el derecho a la intimidad personal dentro de los criterios de nuestro modelos de Estado han sido reflejados en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico, y estamos de acuerdo que los derecho que conforman la dignidad humana deben ser celosamente protegidos, y que esta vulneración al derecho a la intimidad a cualquier nivel, debe ser protegido, toda vez que este guarda una importancia para que el sujeto dentro de su propia orbita pueda formarse como este lo considere; Sin embargo, como se menciono anteriormente, la intención por parte del Estado de salvaguardar los derechos de su población debe verse la vulneración a este derecho, todo con la intención de adquirir pruebas que en una eventualidad serán de vital importancia para que pueda desvirtuarse su principio de inocencia, que debe ser debatido dentro de un proceso judicial con todas las garantías.

Una vez anotado los conceptos y criterios antes señalados en relación con los derechos fundamentales, garantía de la dignidad humana, principios y valores, y a su vez, el derecho a la intimidad y su eventual intromisión en nuestro modelo de Estado, procederemos a estudiar y abordar la temática de la prueba, nociones como su importancia, la admisión de esta, y haciendo un énfasis entre las pruebas ilegales y ilícitas dentro del proceso penal.

2. La prueba en el proceso penal colombiano

*DA MIHI FACTUM DABO TIBI
JUS. Dame los hechos y te daré el
derecho*

En el presente capítulo procederemos a explorar y estudiar el tema de la prueba dentro de nuestro proceso penal colombiano con tendencias acusatorias, así las cosas, procederemos como primera medida tener nociones claras de lo que podemos entender por pruebas, seguidamente analizaremos el desarrollo de la prueba ilícita e ilegal en materia procesal penal mediante las diferentes posiciones de la doctrina y la jurisprudencia.

2.1. Fundamentos y principios de la prueba en el proceso penal colombiano

Como fue expresado en el punto 1.1. las instituciones jurídico penales no pueden ser tomadas como simples expresiones gramaticales, estas tiene un fundamento y principios que permite que estos tenga un horizonte, y no se vean a la deriva, este asume el rumbo correcto en concordancias con los valores y principios constitucionales ya reseñados en el punto 1.1.3.

2.1.1. Generalidades

Uno de los principales pilares de nuestro cuestionamiento del proyecto de investigación fue el tener claro la noción de prueba, por lo anterior, traeremos a relucir como estudiosos del derecho (Anselmino, 2012) se pronuncia al respecto de la prueba, este señala “como el conjunto de actividades destinadas a obtener el conocimiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, para que dicha definición sea perfecta debe incorporársele que todo dato objetivo debe introducirse al proceso en forma legal; siendo la legalidad un presupuesto indispensable para la utilización de aquella” (pág.116); por lo anterior, requiere que el procedimiento de su recolección debe ser legal e lícito, toda vez, que si no se cumple con esta naturaleza, no podemos llamarla prueba dentro de un proceso penal.

Dentro de nuestro proceso penal, no puede entenderse e interpretarse de manera aislada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se debe tener presente que este debe ir sistemáticamente conectada con las demás normas, en especial con aquellas de mayor jerarquía como son nuestra Constitución Política y su bloque de constitucional, tomando a su vez los principios y valores de superior rango, que permita una correcta interpretación y aplicación de la misma.

Es preciso señalar, que nuestro proceso penal colombiano, fue de ante mano una decisión política que se llevo a cabo con la intención de tener mayor garantías y tener una mejor política criminal, que permitiría dotar a la Fiscalía General de la Nación de herramientas, que permitiría no solo agilizar su trabajo, si no que a su vez, materializar principios de orden procesal que no se materializaban con el anterior régimen como era el regulado por nuestra ley 600 de 2000, sin embargo, este se caracteriza por ser un proceso con muchas tendencias inquisitivas; tal situación llevo a la necesidad del nacimiento del acto legislativo 02 de 2003, que trajo consigo muchos cambios, pero podemos resaltar como pertinencia del presente acápite, la modificación del artículo 250, esta reforma permitió que el termino para el descubrimiento de pruebas o descubrimiento probatorio; ahora bien, referente al régimen probatorio en nuestro proceso penal, podemos destacar como autores como Plata (2007) señala:

“El ‘descubrimiento’ ha sido un instituto propio del proceso angloamericano y en realidad su introducción en el proceso penal es reciente, pues los datos históricos informan que sólo hasta los años sesenta aparece en la discusión doctrinal de los Estados Unidos de América. El ‘discovery’ intenta facilitar a las partes la adquisición del conocimiento de las fuentes elementos de prueba que posee cada una de ellas para el concreto desarrollo del juicio oral. Su objetivo se cifra en evitar que se introduzcan pruebas en sede de juzgamiento sobre las cuales no se pueda conformar un contradictorio adecuado, sobre todo para el acusado, que se presenta en desventaja frente a la Fiscalía que ha contado con todas las prerrogativas y medios para investigarlo. Por lo tanto es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho a la defensa” (pág. 292).

Al incorporar esta institución en nuestra norma suprema, nos permite señalar que ya no podemos hablar de recopilación de pruebas, toda vez, que el término correcto sería es: *práctica de pruebas*, permitiendo un escenario donde se garanticen y se evidencien el

derecho a la defensa; esto no perdiendo de vista, el artículo 16 de la ley 906 de 2004, que esta como principio rector señala el de intermediación y garantía procesal, este en concordancia con nuestro artículo 29 de nuestra carta magna.

Artículo 16. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías. (2004)

Por lo anterior, y haciendo una evolución procesal del sistema inquisitivo en el que nos encontrábamos ley 600 de 2000, y la hoy vigente de nuestro actual proceso penal con tendencias acusatorias, nos permite señalar que fiscalía asume un rol referente a los fines dentro el proceso penal, así como lo señalo la Corte Constitucional (2005):

“Un examen sistémico de la reforma al proceso penal colombiano evidencia que la actividad investigativa Fiscalía General de la Nación se encamina a la consecución de los siguientes fines (**i**) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos; (**ii**) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; (**iii**) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; (**iv**) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba; y (**v**) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, sólo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10%, con el fin de no congestionar el sistema penal” (pág. 163).

El código de procedimiento penal señala como naturaleza y objetivo de la prueba en nuestro proceso adversarial, así como consta en nuestro artículo 372 de nuestro código, este reza que las pruebas tienen como fin, **convencer al juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.**

El concepto de la prueba judicial se reúnen las tres acepciones: “ (Ruiz Jaramillo, 2007) (i) **como argumentos sobre la existencia de los hechos,** (ii) **como instrumentos que**

contienen tales argumentos y como (iii) **convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos**” (pág. 183,184); explicados de la siguiente manera por el mismo autor:

- i. “El derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente al ser humano. La condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la **existencia de los hechos** por parte del juez”.
- ii. “**La prueba como instrumento** hay que entenderla como fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente La formalización legal. No empecé, el uno y el otro tienen un momento sensible y uno formalizado. Por ejemplo, la persona que percibe el suceso de la vida real, en el momento de la percepción se le denomina fuente; luego, cuando declara al proceso con la intermediación del juez se le llama medio de prueba. Los dos momentos son inescindibles pero en la valoración de la prueba adquiere importancia su distinción pues existe diferencia entre los argumentos que se extraen entre el momento sensible del testigo y el momento de su comportamiento procesal ante el juez”.
- iii. “La prueba como convicción del juez es la misma verdad fáctica que el juez como autoridad jurisdiccional del Estado declara en el proceso; esta convicción del juez es la que las partes o los intervinientes en el proceso propenden porque el juez reconozca en su decisión en aras a que se les reconozca el derecho o el interés perseguido”.

Fuente tomada de (Ruiz Jaramillo, 2007, pág. 184).

2.1.2. El derecho fundamental a la prueba se entiende

Así mismo, el derecho a las pruebas se debe entender en dos sentidos, en uno objetivo y otro subjetivo. Estas identificadas (Ruiz Jaramillo, 2007) de la siguiente manera: “La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos” (pág.185); por otra parte “La función que tiene la fase objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico, mediante el juicio de exequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las

normas jurídicas” (pág.185); por otra parte, resulta conveniente mencionar que nuestra honorable Corte Constitucional (1994), señalo:

La negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas; pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso. El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba (pág.6-7).

Así las cosas, podemos que la prueba dentro del proceso penal, juega un papel fundamental, entendiéndose esta como una herramienta que no solo le permite reforzar las teorías del caso de las partes procesal, a su vez, también se le permite contar como herramienta de defensa judicial; por otra parte, estudiosos del derecho (Rodriguez Rivera, 2012) han señalado: “derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho”(pág. 211); así mismo, parecido sucede cuando examinamos que (Rodriguez Rivera, 2012) han sintetizado a lo largo de la jurisprudencia los derechos que desprende este, y señalando que la Corte Constitucional, a sido expresa al señalar que el labor de construcción de los contenidos del derecho fundamental a la prueba, esta jurisprudencia la ha identificado como:

- La certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez,
- El derecho a interrogar,
- El derecho a lograr la comparecencia de personasa fin de esclarecer los hechos,
- La controversia probatoria,

- El juzgar imparcialmente el valor de su convicción,
- el derecho de defensa,
- uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia,
- El más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial,
- la búsqueda de la verdad y la justicia, y
- la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita. (pág. 569 y 570).

Igualmente, Rodríguez Rivera, (2012) señalan, “se destacan dos consecuencias del derecho: primera, **la justicia constitucional**, teniendo como fuente la Constitución, señaló que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) la *proposición* o *requerimiento* de la prueba; (ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica”¹⁴. Segunda, ha referido que el **derecho a la prueba encuentra unos límites** ya que “(i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y (ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas... debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso” (pág.571); partiendo de que esta tiene unas funciones que le permite se materialice los principios del proceso, estas funciones pueden ser clasificadas seguidamente.

2.1.3. Funciones fundamentales de la prueba en el proceso penal

Dentro de nuestro proceso penal colombiano actual, podemos categorizar la prueba como un instrumento esencial que permite una reconstrucción de la verdad, sin embargo, manifestar lo anterior, sería quedarnos cortos referente a la necesidad de esta, por lo que podemos traer a alusión que dentro de la doctrina argentina, (GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, 2013), “señala a modo de recopilación las siguientes funciones 1º) **Función Epistemológica:** o de “*reconstrucción conceptual*”; 2º) **Función Política:** o de “*garantía y justicia frente a la arbitrariedad*”; 3º) **Función de Tutela Procesal:** como forma sustancial del juicio que” (pág.12); este mismo autor las desarrolla como aparece a continuación:

- a. “En primer lugar, la prueba cumple una función gnoseológica o epistemológica, como fuente de conocimiento histórico destinada a reconstruir conceptualmente al “hecho y sus circunstancias” a efectos de definir con certeza la plataforma fáctico-jurídica del caso. En este sentido, cobra vigencia la caracterización dialéctica del “conocimiento” como *la centella que brota del choque entre dos espadas*” (pág.11).
- b. En segundo lugar, la prueba configura una exigencia objetivo-sensorial-empírica de constatación, comprobación o acreditación “real” (y no meramente *simbólica, virtual o exclusivamente presuncional*) del hecho juzgado, en su compleja integración elemental, y se alza como defensa o valla material que protege al justiciable contra la injusticia y la arbitrariedad que encierran las simples apariencias, las meras intuiciones, las sugerencias, las creencias, corazonadas o íntimas convicciones de los juzgadores. Al respecto, se dijo que no son los jueces los que condenan o absuelven, sino las pruebas” (pág.11 y 12).
- c. En tercer lugar, la prueba revela la necesaria dinámica dialogal y dialógica del proceso que toma encarnadura en la fundamental intervención de la *defensa (material -como posibilidad latente y concreta a lo largo de todo el proceso- y técnica -como realidad efectiva-)* y que requiere de la verificación, refutación, afirmación, negación, prueba, contraprueba y alegación “bilateral” (acusación y defensa) y en condiciones de igualdad (principio de igualdad de armas) de los extremos fácticos (físicos y psíquicos) y jurídicos de la imputación (pág. 12 y 13).

Fuente: clasificación tomada de (GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, 2013, págs. 10 - 14)

2.1.4. De evidencias a medios de conocimiento

Como se menciona en la justificación del trabajo de grado, dentro de los actos de indagación e investigación se recolectan medios de conocimiento requeridos para la sustancian de la teoría del caso, sin embargo, estos adquieren ese carácter después de cumplir con unos estándares, En términos generales para que las evidencias pasen a ser medios de conocimiento se requiere según Daza González (2016) son los siguientes:

- a. Identificación, recolección y embalaje por parte de la Policía de Vigilancia, con el cumplimiento de todos los requisitos legales, particularmente los relacionados con el respeto de los derechos humanos; después de ser identificadas, recogidas y embaladas técnicamente, las evidencias deben ser entregadas a la Policía Judicial, bien sea en el lugar de los hechos, o de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial, mediante el procedimiento de cadena de custodia
- b. Recibidas por la Policía Judicial de manos de la Policía de Vigilancia, en el lugar de los hechos o en la de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial, en cadena de custodia, o en desarrollo de actos urgentes en el lugar de los hechos con el cumplimiento de los procedimientos exigidos para el efecto.

- c. Trasladas en cadena de custodia al laboratorio respectivo para su análisis, salvo que estas se hubiesen obtenido directamente en el laboratorio, como producto de una interceptación de comunicaciones, evento en el cual le corresponde al perito, como cuando recibe los elementos en el laboratorio, dejar las constancias del caso sobre cadena de custodia.
- d. Legalizadas ante el juez con funciones de control de garantías, bien sea cuando han sido descubiertas directamente por la Policía de Vigilancia o por la Policía Judicial en el lugar de los hechos, o bien, cuando han sido obtenidas por la Policía Judicial en procedimiento ordenado por el fiscal.
- e. Incluidas en el escrito de acusación.
- f. Descubiertas en la audiencia de formulación de acusación
- g. Admitidas en audiencia preparatoria;
- h. Certificadas en declaración en juicio público, por el policía judicial y perito que las conoció, quienes deben demostrar la aplicación de la cadena de custodia, y
- i. Tratándose de documentos⁹¹, para que no sean anónimos, y por el contrario, se consideren autenticados⁹, deben ser incorporados por el conducto de la persona que los elaboró

Fuente tomadas por la publicación *Requisitos que deben cumplir las evidencias para convertirse en medios de conocimiento* (Daza Gonzales, 2016, págs. 41 - 46)

2.1.5. Incorporación de la prueba al proceso

Ahora bien, para la incorporación de los elementos materiales probatorios y evidencias física, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala penal (2017) ha dispuesto en múltiples sentencias los presupuestos normativos que ha de satisfacer para que esta se incorpore, se mantenga y no se excluya dentro del proceso, tal así como se pronuncia continuación:

La prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario (pág.7).

Ahora puedo decir, que dentro de las funciones y fines de la prueba, podemos destacar la verdad de esta, que permite una reconstrucción histórica de verdad, uno de los pilares fundamentales dentro del proceso.

2.1.6. *La verdad en el proceso penal Colombiano*

Ahora bien, definitivamente lo primero en indicar sería señalar, que existe un conceso en general que existe unos límites constitucionales al descubrimiento de la verdad procesal, de lo anterior, antes de proceder es deber traer a alusión lo que señala el maestro Ferrajoli (2005), señalo respecto a este punto:

Un cierto grado de incertidumbre caracteriza en realidad, por su carácter aproximativo, a los dos tipos de verdad -fáctica y jurídica- en los que hemos descompuesto en su momento la noción de **verdad procesal**. Precisamente, **la verdad fáctica** es la validez de una inferencia inductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **probabilística**, la verdad de la conclusión. **La verdad jurídica** es, en cambio, la validez de una inferencia deductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **opinable**, la verdad de las premisas (pág. 108). (negrilla fuera de texto).

Las pruebas dentro del proceso penal con tendencias acusatorias de Colombia, se representan como una herramienta que permite que principios como la verdad, la justicia y la reparación sean alcanzados de una manera real, toda vez, que el proceso penal dentro un marco de garantías, se le permite a las partes en un proceso adversarial, discutir la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, la cual tiene como función la persecución de todas aquellas conductas que en una eventualidad pueda ser investidas como delictivas, y gracias a ese proceso, es permitido no solo la judicialización de esas conductas y atribuir una respectiva pena referente al actuar reprochable de ese sujeto, si no, permite, que se descubra la verdad, puesto que la tarea dentro del proceso no basta con una sentencia, debe contarse con la verdad real de los hechos, que permita a la colectividad y en especial a las victimas contar que la verdad de las situaciones que rodearon la conducta en reprochada; esto en concordancia con los principios del proceso penal y en especial con los de nuestra constitución política. ; su vez, nuestra honorable Corte Constitucional (2006)., se ha pronunciado referente este objetivo de la verdad dentro de nuestro proceso penal colombiano, señalando:

“La jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad*, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece

así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima” (pág. 36).

Aun en la doctrina (SIERRA, 2008), se ha dado la tarea de describir dos clases de verdad, una denominada la real y la otra la procesal, la cuales se identifican por “la distinción (entre verdad real y verdad procesal) juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad”(pág.31); y al mismo tiempo agrega, (Abellan, 1999) “en los planteamientos más reflexivos de la actualidad, se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la verdad de los hechos nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación” (pág. 444).

Unas de las decisiones políticas más relevantes dentro de nuestro proceso penal fue las incorporadas por el acto legislativo 03 de 2002, requirió que aquellos principios que se veían instaurado dentro de los procesos, fuesen reforzados, lo anterior en atención a la garantía al debido proceso, el cual se encuentra conformado por múltiples principios y derechos que permite que se salvaguarde esta garantía, para todos aquellos que se ven relacionados en el proceso, y lo más importante, permitiéndole una legitimidad de toda la actuación en el proceso penal; Simultáneamente concluye Galeano (2013) en su investigación, que “la obtención de la verdad no parece ser un valor con entidad suficiente para fundamentar o apoyar las excepciones a las reglas de exclusión ya que, aun cuando una prueba es excluida del proceso penal, este fin se satisface con el seguimiento riguroso del rito establecido para juzgar, y por lo tanto cuando se excluye una prueba ilícita lo que se hace es reafirmar la necesidad de llegar a una verdad o por lo menos de cierta verdad respetuosa del procedimiento preestablecido y de los derechos fundamentales” (pág.23 y 24), así las cosas, es preciso señalar, que la prueba dentro de nuestro modelo de proceso con tendencias acusatorias juega un papel indispensable, en el que cualquier de las partes de este proceso, por lo anterior, se requiere de una observancia de los principios rectores, principios que podemos destacar los siguientes:

2.1.7. Principios Probatorios

Estos considerados como postulados lógicos-jurídicos de vital importancia, como se menciono al inicio del primer capítulo, toda vez, que gracias a estos permiten una correcta interpretación y aplicación del derecho, de manera sistemática; adicionalmente, estos son esenciales ya que gobiernan la dinámica del proceso, desde la presentación y admisión de esta y su eventual valoración ante un juez natural en igualdad de armas, En el área de derecho penal, podemos señalar y resaltar los próximos principios de rango constitucional y/o legal:

2.1.7.1.Libertad probatoria

Dicho principio, tiene la mayor relevancia en el tema que nos concierne a referirnos de las pruebas y su importancia dentro del proceso, para el desarrollo de este tomaremos como primera medida los pronunciamientos que han señalado estudiosos del derecho como Maier (2011) el cual señala: "...la libertad probatoria...reza: mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede verificar por cualquier medio de prueba...por esta razón se habla siempre de las prohibiciones probatorias como una excepción a la regla general de permisión...". (Pág.135-143); En atención a nuestro sistema de tarifa legal probatoria que *fue de gran impacto* y hoy en día aun sigue teniendo sus sombras en nuestras leyes, sin embargo, debemos ser consientes que hoy en día trata de desaparecer a la luz de sistema con mayor relevancia y acogida como es el libertad probatoria. Doctores como (SIERRA, 2008) señala que por regla general:

“Las partes pueden presentar el conocimiento de los hechos al juez a través de cualquier medio de acreditación. Ello es comprensible si se tiene en cuenta que un presupuesto necesario para que una decisión sea justa es que el juez tenga un conocimiento adecuado de los hechos; por más que se conozca el derecho, la decisión no podrá ser justa si no se aproxima en forma razonable a lo ocurrido realmente en la sociedad” (pág. 37).

En relación con este punto, podemos señalar que nuestra honorable Corte Constitucional (2003) señalo “una pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra (C.P., art. 29). A este respecto, las limitaciones legales relativas a la conducencia o admisibilidad de un medio

específico de prueba, sólo resultan admisibles si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan” (pág. 20); ahora, trasladándonos a nuestro ordenamiento jurídico, podemos señalar que el fundamento normativo puede verse señalado en nuestro artículo: “**Artículo 373. Libertad.** Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.” (LEY 906, 2004)

La escuela de defensores públicos (USAID, 2005) señala frente a este punto: “permite que la prueba de los hechos se realice tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código de Procedimiento Penal como por cualquier otro técnico o científico que no vulnere los derechos humanos” (...) “este principio abre la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el Código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales” (pág. 14); de manera puntual se puede señalar que la libertad probatoria, es uno de los avances más grandes dentro del proceso penal, que permitió las tendencias acusatorias de nuestro proceso se fortaleciera, ahora bien, vale la pena que este principio y derecho no puede ser considerado como una facultad absoluta.

Derecho a la prueba no es un derecho absoluto

Lo dicho hasta aquí supone que si bien, dentro del proceso, ambas partes buscaran fortalecer su teoría del caso, y gracias al principio antes señalado, nos dejó una puerta abierta que permite alcanzar una igualdad de armas, así mismo, encontramos posiciones (NAZZAL MORGUES, 2017) el proceso sólo puede hacerse “dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes. Que este derecho no pueda considerarse absoluto, obliga a que sus límites deban ser cuidadosamente preservados para salvaguardar la legalidad de la misma, ya que la búsqueda de la verdad no autoriza al juez ni a las partes a sobrepasar los límites éticos y legales colocados en el proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana” (pág.24); al mismo tiempo, maestro del derecho penal como es Roxin, afirma que “una clarificación exhaustiva, ilimitada, de los hechos penales podría suponer peligro de muchos valores sociales y personales. Por ello, la

investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto; antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos de nuestro Estado” (Citado por Barja de quiroja, 2001, pág. 280).

De ahora en adelante, señalemos otros principios que se puede ver acompañados con la libertad probatoria, sin embargo, no abordaremos a profundidad, si esto no lo requiere, con la finalidad de no desnaturalizar el objeto de presente capítulo, el cual fue señalado al inicio en su punto 2.

2.1.7.2. Oportunidad

La presentación de las pruebas tiene su etapa procesal, al mismo tiempo, se acierta que existen excepciones, sin embargo, por regla general este debe ser atendida de manera concentrada en audiencia preparatoria, lo anterior en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico: “**Artículo 374. Oportunidad de pruebas.** Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público” (LEY 906, 2004).

De lo anterior, podemos adicionar, que no basta con que las pruebas se presenten de manera oportuna, estas a su vez, deben contar con un fin, debe servir para algo, cumplir una función dentro de la teoría del caso de las partes, puesto requiere que sea pertinente, principio que será tratado a continuación

2.1.7.3. Pertinencia

Como se menciono anteriormente, la prueba debe referir a un acontecimiento histórico o un supuesto que se debe demostrar, lo anterior como lo señala nuestro ordenamiento jurídico referente a este principio que señala: “**Artículo 375. Pertinencia.** El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos

probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito” (LEY 906, 2004).

Esta correspondencia directa o indirecta entre las pruebas ofrecidas y los hechos controvertidos en el proceso; los elementos de convicción, así como las pruebas, debe pasar dos tests para ser pertinente, (USAID, 2005) señala que “El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a: (i) *Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias*, y (ii) *A la identidad o la responsabilidad penal del acusado*. El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables; la relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan” (pág. 24); permitiendo de esta manera, que la prueba no se vea a la deriva, esta tenga un horizonte y por lo menos un objeto requerido dentro del proceso.

2.1.7.4. Admisibilidad

El fundamento normativo de este, puede ser señalado en el artículo 376 de nuestro código de procedimiento, el que reza: “**Artículo 376.** Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento” (LEY 906, 2004).

Al mismo tiempo, estos literales antes mencionados, han sido desarrollados por la Defensoría del Pueblo, en convenio con USAID, en su módulo de pruebas, en el que señalo:

Tabla 4 Pruebas pertinentes pero no admisibles

| Causal | Razón de la Causal |
|-------------------------------|--|
| Que la evidencia pueda | “La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se |

causar grave perjuicio indebido. (literal a)

trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar”.

“Chiesa trae como ejemplo la evidencia demostrativa presentada por la fiscalía de la ropa ensangrentada de la víctima de asesinato. Su presentación y autenticación no logran un gran valor probatorio sobre la culpabilidad del procesado, pero si afectan “*el potencial inflamatorio en el ánimo del juez*”. Lo mismo sucede con la presentación de fotografías del cadáver, en el cual debe determinarse si se busca un efecto ilustrativo relevante o se trata de crear un perjuicio en el juzgador”.

“Otro ejemplo que se presenta con el uso de los adelantos tecnológicos en la presentación de evidencia demostrativa por los peritos es la simulación por computador de las condiciones y particularidades de la comisión del delito, que son recreadas a manera de película, lo que hace la presentación bastante sugestiva e influye en la imparcialidad del juez. Su valor probatorio no compensa el perjuicio que se causa” (pág. 26).

Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b)

“La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado” (pág. 26).

Que sea injustamente dilatoria del procedimiento

“Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal”.

“También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho”.

“Otras normas de exclusión probatoria son:”

- Los privilegios excepciones constitucionales (385). Se explicarán al estudiar la prueba testimonial.
- La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación. Se explicará en capítulo aparte.

“La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad, también se explica en capítulo independiente”.

Fuente tomada del modulo de defensores (USAID, 2005, pág. 27)

2.1.7.5. Publicidad

Ahora bien, podemos resaltar que dentro de uno de los rasgos mas distintivos de nuestro proceso con tendencias acusatorias el principio de la publicidad de las actuaciones, dentro de nuestra normatividad, reposa en la ley 906 de 2004, el cual señala: “**Artículo 377. Publicidad.** Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código” (LEY 906, 2004)

Al mismo tiempo, podemos señalar qu este principio trajo consigo fortalecimiento de principios, uno reconocido como es el de contradicción.

2.1.7.6. Contradicción

Un principio, que se ve consagrado y florece de el artículo 29 de nuestra constitución política, el cual obliga y permite que toda persona, puede controvertir aquello que se le pretenda atribuir, en un espacio que cuente con todas las garantías, a su vez, también puede observarse en el artículo 378 de nuestro código de procedimiento que señala: “**Artículo 378. Contradicción.** Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública (LEY 906, 2004).

Una vez que el involucrado en el proceso penal, adquiere el status de sujeto pasivo en la acción penal, este tiene todo el derecho de materializar su derecho a la defensa, este no cuenta solo con ejercer derechos a la contradicción, este se perfecciona por múltiples elementos, de los cuales podemos destacar, como el estar informado y recibir por parte del ente investigador y acusador, todas aquellos elementos materiales probatorios que tenga su conocimiento, y en especial aquellos que le sean favorables, esto en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico; este derecho ha sido estudiado y señalado por el jurista Aroca (1997) el cual señaló “en que cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión” (pág. 143) ; no solo lo anterior, podemos señalar que no cabe en la administración de justicia, síntesis de los actos investigativos, esto en el entendido que “*no existen ni transcripciones parciales de las grabaciones, ni entrevistas o declaraciones mutiladas o parciales*”; así lo señaló la escuela de defensores públicos:

La defensa como señala el artículo 15 debe tener conocimiento pleno e íntegro de los actos de investigación y los actos de prueba. Este derecho no se manifiesta únicamente desde el descubrimiento de la prueba que se da en la audiencia de formulación de acusación (344), sino desde las audiencias preliminares donde se pretenda restringir los derechos fundamentales del indiciado o imputado como en la audiencia de control de legalidad de la captura (297) inciso 2), o en la audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento (288 No. 2 y 08). La omisión del descubrimiento, o el descubrimiento parcial y amañado vulnera tanto el principio de contradicción como el de igualdad de armas, aparte de constituir una conducta antiética contraria a la lealtad procesal (USAID, 2005, pág. 12)

El segundo derecho se manifiesta con la facultad de confrontación (Art 378 CPP) cuyas principales manifestaciones son:

- El contra interrogatorio (Art. 125 y 393 CPP), que puede involucrar la impugnación de testigos (Art 403 CPP).
- Las oposiciones u objeciones a la admisibilidad de pruebas, a la declaración inicial, al interrogatorio y contra interrogatorio, y a los alegatos de conclusión.

- El derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación (Art. 362 CPP), y
- El ejercicio del derecho de impugnación cuando se inadmitan, excluyan o rechacen pruebas (Arts 359 y 363 CPP).

2.1.7.7. Inmediación

Este reposa en nuestro ordenamiento jurídico, el cual señala “**Artículo 379. Inmediación.** El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional. (LEY 906, 2004)”; A su vez, la escuela de Defensores público, señala frente a este principio: “La intermediación es el contacto directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos. Como señala Muñoz Conde, si no se cumple con ésta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria, y por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal” (USAID, 2005, pág. 13); por otra parte, podemos traer a anotar, que este “principio de intermediación, establece que únicamente se estima como prueba la que reúne dos requisitos” (Art 16 y 379):

- Haber sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio, y
- Ante el juez de conocimiento.

En el procedimiento mixto vigente hasta diciembre de 2004, la prueba se practicaba en el sumario, a espaldas de la defensa, y conservaba según la jurisprudencia de la Corte su pleno valor por el principio de permanencia. “con el nuevo sistema la prueba solo se produce en el juicio oral. Antes no existe prueba sino actos de investigación que deben ser presentados y controvertidos públicamente en audiencia para que adquieran la categoría de prueba. La ley prohíbe además comisionar la práctica de pruebas, con el fin de asegurar la presencia del juez de conocimiento en ellas (USAID, 2005, pág. 13); al mismo tiempo, la intermediación trae dos excepciones en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que se explican en capítulos siguientes: (i) La prueba anticipada (Art. 16 y 284 CPP); (ii) La prueba de referencia (Art. 379 y 437 CPP).

Estos principios, permiten tener un horizonte dentro del proceso penal y a su vez, mantener una coherencia con nuestro ordenamiento jurídico, que señala que las instituciones del derecho probatorio -los principios antes señalados- no deben verse como meras premisas que se deben tener en cuenta al momento de aportar una prueba, sino que estos son de vital importancia para la sostenibilidad de la teoría del caso de las partes en ese proceso adversarial.

Ahora bien, una vez concluso los principios que fortalecen las pruebas dentro de un proceso, reiteraremos el punto inicial de los principios, cuando mencionamos el principio de la libertad probatoria, así las cosas, reiterando que el derecho a la prueba que lo podemos considerar con un derecho fundamental, dentro de este estudio, podemos resaltar pruebas que no son permitidas dentro de nuestro proceso, las cuales será señaladas a continuación:

2.2. Las pruebas no permitidas en el proceso penal

Sea lo primero en indicar, que esta clasificación será denominada como doctrinaria, pertinente a modo de tener una mayor claridad frente aquellas pruebas que no pueden ser sujetos de apreciación y ser aceptadas en el proceso penal.

Estas clasificaciones realizadas por el jurista Medina (2017), las cuales son (i) Prueba Prohibida; (ii) Prueba Ilegal; (iii) Prueba Irregular; (iv) Prueba no Valorable; y (v) Prueba ilícita, las cuales serán desarrolladas a continuación, y a su vez, en la oportunidad que se nos presenta, plantearemos nuestro punto de vista en lo que se refiere al tema:

2.2.1. Prueba Prohibida

Estudiosos como el doctor medina (2017) señala esta como: “la prueba prohibida, en sentido estricto, es aquella que a pesar de ser obtenida legalmente, de no controvertir el debido proceso ni aparentemente atentar contra garantías constitucionales (aunque como se verá con posterioridad podrá sustentarse cuando se atenta contra la dignidad humana, una garantía constitucional), ha sido excluida por el legislador para ser aportada al proceso” (pág. 10); Así mismo, el Midón (2005)señala que “Como su nombre lo indica, “prueba

prohibida” es todo elemento que contribuye a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo” (pág.30).

2.2.2. Prueba Ilegal

La prueba ilegal ya de mayor connotación en nuestra doctrina nacional, el doctor medina (2017) señala esta como: “La ilegalidad de la prueba es la consecuencia de haberla obtenido incumpliendo el debido proceso como principio rector del procedimiento judicial. Lo anterior significa que quien violenta los estándares, los requisitos y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico para la recolección, la conservación (embalaje y cadena de custodia) y la práctica de la prueba, recibe como reproche decretarla como ilegal y apartarla del conocimiento del juez” (pág.13).

2.2.3. Prueba Irregular

Dentro nuestra doctrina señala el concepto de esta medina (2017) , dando por sentado que es conflictivo hacer este tipo de clasificaciones, se atreve a señalar que esta: “La prueba irregular es un tipo específico de la prueba ilegal. Así, si la prueba ilegal es la que viola la ley, aquella que viola la ley procedimental es irregular y tendrá como consecuencia la nulidad propia de una prueba ilegal” (pág. 17); por otra parte, y sin perder de vista, dentro de nuestra jurisprudencia colombiana, nuestra honorable Corte Suprema justicia (2016) señaló frente a esta prueba de denominación es la misma que la prueba ilícita, señalando de manera manifiesta “Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión”. (pág.18)

2.2.4. Prueba no Valorable

El doctor medina (2017) señala que “la prueba no valorable no figura en las clasificaciones tradicionales de las pruebas no permitidas en el proceso penal” (pág.17), sin embargo, este la describe como:

Este tipo de prueba conlleva a que, por no cumplir con los estándares de conducencia, el juez deba inadmitirla. Empero, si en la Audiencia Preparatoria ha sido admitida, podrá el juez declararla como prueba no valorable y no tenerla en cuenta al momento de fallar. Que se declare la inadmisión de la prueba se traduce en que ésta no viola la ley, pero que no puede ser admitida porque no conlleva verificar ninguna teoría del caso (Medina Rico, 2017, pág. 19).

2.2.5. *Prueba ilícita*

Dicha prueba y clasificación de mayor interés con la irregular o ilegal, que será de real interés para nuestro interés, resaltaremos como primera medida, la posición del doctor medina (2017) señala: “La prueba ilícita es también conocida por algunos tratadistas como prueba inconstitucional. Es aquella que conlleva una violación a derechos o garantías constitucionales. El problema es que los conceptos que se han venido tratando no son uniformes y generan confusiones o tratos similares a instituciones diferentes” (pág.20); Al mismo tiempo, podemos señalar que esta “como su propio texto lo expresa: Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita” (MIRANDA ESTRAMPES, 1999, pág. 18); sin embargo, esta tipo de prueba, será mas adelante tratada a profundidad en el punto 2.3. Del presente capítulo, a modo de cumplir con la clasificación de tipo de pruebas, traemos a alusión los anteriores conceptos.

2.2.5.1. *Clasificación de las prueba ilícita*

Dentro de la doctrina podemos hacer “una clasificación de las pruebas ilícitas, dividiéndolas en las pruebas *en sí mismas* ilícitas de las pruebas ilícitas *por derivación*, estas también llamadas *indirectas o por efecto reflejo*” (Serra Dominguez, 1991, pág. 99); en palabras de la doctora Valeria (2012), esta señalo:

Prueba ilícita “en sí misma” es el elemento que sirve para verificar un hecho y que es practicado u obtenido directa e inmediatamente a través de un método o procedimiento ilegal. En otras palabras, **“cuando de esta clase de probanzas se trata, existe siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección.** Así por ejemplo, la confesión que se extrae mediante la tortura a que es sometido el imputado. A su vez, **la prueba ilícita “por derivación”** “es aquel acto en sí mismo ilícito, que permite comprobar una circunstancia fáctica, pero al que se accede por intermedio de información obtenida desde una prueba anterior e ilícitamente recogida. Dicho de otra manera, de **esta noción participa una prueba adquirida de modo regular, pero a la que se llega merced de**

conocimientos aprehendidos en forma ilegal” (pág. 108). (negrilla fuera del texto)

En la doctrina Española, encontramos una segunda clasificación de las pruebas ilícitas, esta surgió al momento de considerada por la Corte Nacional Española al emitir una providencia en el caso “*Reginald Raydford y otros*” y distinguir “**entre prueba material y los testimonios** de quienes están dotados de “voluntad autónoma”. **Prueba ilícita material es todo aquel elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente recogido**, en tanto que **prueba ilícita testimonial es la que proviene de las personas a través de sus dichos**” (Anselmino, 2012, pág. 108).

2.3.La prueba ilícita e ilegal

Para el estudio de la exclusión de la prueba, que será el próximo capítulo a tratar, resulta indispensable tener claro estos conceptos y diferenciar el uno a la otra, como a su vez, entender a fondo este tipo de prueba, una vez señalado lo anterior, procederemos traer a alusión el pronunciamiento de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala penal (2016) señaló:

“Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso” (pág. 25).

Así mismo, esta clasificación de pruebas en nuestro ordenamiento jurídico, juega con distintos efectos, tales como:

Tabla 5 Efectos de la Prueba Ilícita & Ilegal

| Efectos: | |
|----------------|---------------|
| Prueba Ilícita | Prueba Ilegal |

“La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven”.

“La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía”.

Tomada de la jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL, 2016).

2.3.1. La prueba Ilegal

Esta que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" es aquella así como lo señala ESTRAMPES (2010) : “en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley” (pág. 47); Es necesario recalcar a su vez, que la Corte Suprema de Justicia (2014) señó que “La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía” (pág. 22).

2.3.2. La prueba ilícita

Antes de iniciar continuar se debe tener presente que debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba (Estrampes, 2003) . “El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales” (pág.55).

Dejando claro lo antes dicho, procederemos a dar unas generalidades sobre el concepto y definiciones del tema de la prueba ilícita, que mostraremos principal enfoque de ahora en adelante.

2.3.2.1. Generalidades, Concepto y definiciones

En nuestra jurisprudencia, en la sala de la Corte Suprema de Justicia (2006) ha definido que “prueba ilícita es aquella que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida” (pág.6); A su vez, el doctor Parra Quijano (1986) La prueba ilícita contemplada como “la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas” (pág.26), un comentario bastante reducido para lo que el de su maestro el doctor Devis Echandía (1987), señalo:

“La prueba ilícita se conoce como aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social, contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan los derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan” (pág. 366)

No pasando por alto que Algunos autores sostienen que “el concepto de “prueba ilícita” se enmarca dentro de la más amplia categoría de “pruebas prohibidas”; de suerte que entre las primeras y las segundas existiría una relación de especie a género” (PELLEGRINI GRINOVER, 1997, pág. 306); no pasando por alto que autores como ESTRAMPES (1999) “Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita” (pág.18).

2.3.2.2.Fundamento

Nuestra constitución política, como se expreso en el capitulo primero del presente texto, se señalo que este norma suprema, protege con un celo los derechos fundamentales, por lo que dentro del facultad de persecución penal, y dentro de sus labores de investigación está sometida a reglas especificas, las cuales tiene como fin, delimitar ese poder que tiene el Estado dentro de sus acciones y de esa manera no recaer sobre una persona desproporcionalmente, lo anterior con el fin de proteger y garantizar los derechos del

procesado, y a su vez, los de las víctimas, como todo aquel que se puede ver involucrado en el proceso penal; La misma jurisprudencia de nuestra sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

- (i) “Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política)”.
- (ii) “Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal)”.
- (iii) “En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”

Al mismo tiempo, podemos resalta a nuestra Corte Constitucional (2005), señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, **cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.** En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante **la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso**, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el

curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto” (pág.124).

(...)

“En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que **la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión**. No obstante lo anterior, entiende **la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana**, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza” (pág. 125). (Negrilla fuera de texto)

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, así como señaló nuestra Corte Suprema en sala penal (2009), en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia (2005) señalado referente a la prueba ilegal lo siguiente: “La prueba ilegal, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba” al mismo tiempo la Corte Constitucional (2005) ha analizado la existencia de dos categorías, cuales son la prueba ilegal y la prueba ilícita. Entendiendo a **la prueba ilegal** como la que se obtiene sin la plena observancia del debido proceso y las formalidades requeridas, es una prueba que adolece de vicios que afectan su validez, y ante su existencia el juez debe decretar su exclusión del debate probatorio y decidir con fundamento en las restantes, pues se considera que la informalidad que afecta la producción de una prueba en particular no se

proyecta mas allá de la prueba misma (Gonzalez, 2009, pág. 126); según el criterio de la Corte Suprema de Justicia (2005), **la prueba ilícita** “es la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida” (pág.35). por otra parte, la doctrina Teresa Armenta (2018), señala la prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Dicha lesión se circunscribe, para valorarse como ilícita, a los derechos fundamentales (pág.264);

Continuando con el razonamiento de la jurisprudencia, podemos señalar que la Corte Suprema de Justicia (2008) es mucho más explícita frente a la prueba ilícita, manifestando que esta puede tener su origen en diversas causas, en este sentido puede derivarse de la violación al derecho fundamental de la dignidad humana, es decir, reitera que su génesis puede estar en torturas, trato cruel, inhumano o degradante, al tiempo que particulariza situaciones antes no mencionadas, que igualmente infringen la dignidad humana, tales como el constreñimiento ilegal y el constreñimiento para delinquir. Al mismo tiempo, la doctrina ha señalado según se sigue a López Masle (2002) este señala que se puede clasificar los tipos de fundamentos empleados para justificar la exclusión de la llamada prueba ilícita. El autor expone que tres son las principales corrientes esgrimidas por quienes intentan explicar la razón de ser de la exclusión de la prueba ilícita: “en **(i) primer término**, la necesidad de evitar que las decisiones en materia penal se adopten sobre la base de prueba de calidad deficiente, que no cumple condiciones mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); en **(i)segundo lugar**, la necesidad de garantizar que el sistema procesal no adopte sus decisiones sobre pruebas ilícitas (criterio de la integridad judicial); y en **(iii)último término**, la necesidad de disciplinar a los agentes de persecución penal, en especial a los policías, y generarles desincentivos para que en su proceder puedan afectar garantías fundamentales (criterio de la prevención o disuasión)” (pág. 180 – 187).**(numeración y negrilla fuera del texto)**

Sentado lo anterior, y partiendo de las nociones, conceptos y fundamentos que se desprende de las pruebas ilegales e ilícitas, procederemos a señalar y traer a alusión las teorías de las pruebas ilícitas.

2.3.3. Teorías de la prueba ilícita

Dentro de nuestra doctrina nacional como internacional, han sido múltiples los debates que se relacionan con la prueba ilícita, y a su vez la prueba derivada de esta, y la necesidad de subsanar estos inconvenientes a las violaciones de los derechos y garantías del Estado, por lo que evalúan la posibilidad de la exclusión de esta misma; sin embargo, estas situaciones en múltiples situaciones se tratan de dar respuesta con diversas teorías, de las cuales de las múltiples que han sido llamadas en la doctrina, nos referiremos a la más relevante como es *la doctrina de los frutos del árbol envenenado*.

2.3.3.1. Doctrina de los frutos del árbol envenenado

Dice esta doctrina que todas aquellas pruebas que son obtenidas o derivadas de la prueba ilícita deben ser o no excluidas dentro del proceso, toda vez, que toca estudiar si las pruebas pueden ser involucradas, es decir, incorporarse y permanecer dentro del proceso para posterior, ser valoradas por un juez; esta teoría establece que existe una conexión estrecho entre la prueba derivada de la prueba ilícita o en otro caso es consecuencia de esta, en todo caso, una vez incorporada una prueba de carácter ilícita, esta debe ser retirada, porque esta, ocasiona que todas las extensiones motivo de estas, no pueden ser tenidas en cuenta.

Esta doctrina tiene sus inicios en 1920 en los Estados Unidos de Norte América, en la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs Estados Unidos* en el año 1920, un fallo que ha sido de reconocimiento a nivel nacional, toda vez, que en dicho fallo se le reconoció la privacidad de las personas, y la honorable corte señaló que esta imposibilidad de violar dichas garantías, y que ocasión a este actuar se tomara una sanción en el plano procesal, esta fue, la exclusión de todas aquellas pruebas que se derivaron de esa prueba violatoria al derecho fundamentales

La policía retuvo ambos en su casa con una orden judicial, mientras autoridades se presentaron en la oficina de las empresas a registrar los libros y documentos

en búsqueda de rastros de un fraude fiscal. Se sabe que los Silverthorne habían desobedecido una orden de tribunal de presentarse con todos los documentos de la empresa para su revisión, amparándose en la cuarta enmienda de la constitución que los exime a las sociedades de comercio a entregar sus libros para ser usados en juicio criminal en contra de sus socios. (López, 2015)

Ahora, aterrizando en nuestro ordenamiento jurídico penal, no podemos referir al pronunciamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia (2009), la cual señaló “estos postulados se ven desarrollados en nuestro código de procedimiento penal, en los artículos 23, 445, 232, 237, y 360, tanto impacto podemos ver y analizar en nuestra ley 906 de 2004, que se evidencia como principio rector y garantía procesal, esta que señala, que se impone tachar de nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, y en consecuencia aparejando su extracción del caudal probatorio así como de los elementos de convicción que sean consecuencia o su existencia dependa de ella” (pág. 13); hay que mencionar, además fue reconocida por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal (2009), la cual en términos expresos señaló que efectivamente, “no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida” (pág.13); sin embargo, nuestra jurisprudencia a su vez, resalto que esta teoría tiene sus excepciones, que a lo largo del tiempo en la jurisprudencia se ha venido reconociendo, por lo que señalo (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL, 2009, págs. 13 - 14):

Conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la “Teoría de los frutos del árbol envenenado”, (fruit of the poisonous tree doctrine) paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho(pp. 13 y 14)

A su tiempo, en el mismo fallo antes tratado, la Corte Suprema (2009) en términos preciso se dio la tarea de dar diferencia entre las pruebas ilegales y las ilícitas, señalado lo siguiente:

“Con respecto a la primera, esta es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente (...)Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio” (pág. 14).

Tabla No. 6 . Diferencias entre pruebas ilícita o inconstitucional o ilegal Corte Suprema de justicia

| Prueba | Señalo la Corte |
|---------|---|
| Ilícita | “Esta es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente” |
| Ilegal | “Cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio” |

Tabla No. 6 Fuente: (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL, 2009, pág. 14)

Por otra parte, misma tarea fue tomada por Nuestra Honorable Corte Constitucional (2008) señalo:

Tabla No. 7 Diferencias entre pruebas ilícita o inconstitucional o ilegal Corte Constitucional:

| Prueba | Señalo la Corte |
|--------|-----------------|
|--------|-----------------|

| | |
|----------------------------|--|
| Ilícita o inconstitucional | “La prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales” |
| Ilegal | “Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)” |

Tabla No. 6 - Fuente: (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2008)

- Con atención a la normatividad jurídica vigente, y de acuerdo a nuestra jurisprudencia, esta valoración frente este tipo de pruebas, que pueden contaminar en una eventualidad en el proceso penal, deben ser examinadas por un juez competente que permitirá decidir sobre la permanencia de estas pruebas, que serán base para las respectivas teorías del caso que se verán debatidas dentro de un proceso adversarial, así como señaló la Corte Constitucional (2005) en la que se pronunció expresamente:

“En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable. Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto” (pág. 122).

Lo anterior con respecto a la Corte Constitucional, resulta pertinente traer a alusión lo señalado por la Corte Suprema de justicia (2009) señalo:

“El vicio indicando de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido

proceso", imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 ejusdem en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de "inexistencia jurídica" y por ende de exclusión cuando de pruebas "ilícitas" o "ilegales" y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate" (pág. 31).

En otro fallo de esta sala (2005) señalo:

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal. Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida. La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba” (pág. 14).

Nuestra honorable Corte Suprema de justicia, en su sala penal señalado (2009):

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia -como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (art. 224 C. Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

- (i) “Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política)”.
- (ii) “Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art.

- 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal)”.
- (iii) “En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”.

Una vez agotado lo antes, concluiremos la idea, haciendo alusión en palabras de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal:

“Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen” “nulos de pleno derecho” y que, de consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”. “En efecto: si de acuerdo con los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias” (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL, 2009)

2.4. La prueba ilícita e ilegal en el ordenamiento jurídico

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos ubicar los principales fundamentos y sustentos de la prueba ilícita e ilegal, que las podemos señalar y resaltar las siguientes:

Tabla No. 8 La prueba ilícita e ilegal en nuestro ordenamiento jurídico

| Fuente | Fundamento o sustento |
|---------------|------------------------------|
|---------------|------------------------------|

Constitución Política
1991

“Artículo 29, Constitución Política. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

(...)

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

Corte Constitucional.
Sentencia T-916 de
2008

(COLOMBIA.
CORTE
CONSTITUCIONAL,
2008)

“Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales”.

(...)

“Como manifestación de la dimensión positiva en materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas, que su aplicabilidad no plantea ningún tipo de restricción o limitación, razón por la cual “la regla de exclusión en materia probatoria”, como ha sido denominada por esta Corporación, es un “remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso”

(...)

“Al respecto, la Sala reitera que por la indeterminación que plantea la regla de exclusión en materia probatoria, no debe entenderse que su ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a las pruebas violatorias de las normas procesales, sino que comprende en la misma medida, las garantías constitucionales fundamentales”

Corte Suprema de
Justicia
Sentencia No. Rad
SC211-2017

(COLOMBIA.
CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA.
SALA CIVIL, 2017)

“PRUEBA ILÍCITA-Concepto y consecuencias jurídicas de su aducción. Reiteración de las sentencias de 24 de noviembre de 2009 y 18 de agosto de 2016. Su sobrevivencia emerge en un error de derecho atacable por la vía indirecta que no afecta el proceso”.

“PRUEBA ILEGAL-Medio que no se ciñe a la ley que la disciplina, afectando los requisitos de petición, postulación o incorporación, decreto, práctica o valoración, revistiendo el carácter de prohibida o ineficaz, cuyas consecuencias se hallan en las mismas disposiciones que la regulan”.

Corte Constitucional.
Sentencia SU-355 de
2017

(COLOMBIA.
CORTE
CONSTITUCIONAL,
2017)

“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta en los casos donde el juez o magistrado obstaculiza “la efectividad de los derechos constitucionales por motivos formales”, es decir, el procedimiento es una barrera para la eficacia del derecho sustancial y en ese sentido, deniegan justicia, por “(i) aplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exigir el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva y que en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o (iii), incurrir en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas”.

(...)

“La prueba ilícita, es la inconstitucional (Corte Constitucional, sentencia SU-159-02), por afrentar la preceptiva superior, erosionar, pretermitir y conculcar los derechos fundamentales, los principios y valores previstos en la Carta generando nulidad constitucional, en virtud del artículo 29 de la Constitución, según el cual será nula la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Corte Constitucional.
Sentencia C-210 de
2007

(COLOMBIA.
CORTE
CONSTITUCIONAL,
2007)

“La prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la

mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional”.

2.4.1. La prueba ilícita y la verdad como fin del proceso penal

Dentro del estudio realizado, podemos encontrar muchas posturas, que pretenden aceptar la prueba ilícita, sin embargo, encontramos como defensores como (Zapata, 2004) “la verdad a la que aspiramos a llegar en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio” (pág.18); Al mismo tiempo, podemos señalar que es claro que (NAZZAL MORGUES, 2017) “un régimen inquisitivo, el único valor realmente preponderante es el de la búsqueda de la verdad material, de modo que el derecho a la prueba pasa a ser casi como un derecho absoluto, por tanto, cualquier restricción que pretenda limitar el objetivo del proceso penal, debe ser desechado” (pág. 131). ; sin embargo, nuestro proceso que si bien no es del todo acusatorio, sus tendencias son, hacia al acusatorio, por otra parte, resulta pertinente señalar, que este no es del todo acusatorio, toda vez, que nuestro modelo de Estado caracterizado por ser bastante garantista, no permite desproteger a las partes dentro del proceso, toda vez, que si abordamos una tematica desde la inquisición, (MAIER, 1989) “todo medio era admisible a fin de descubrir la verdad histórica y tornar eficaz la persecución penal (por ejemplo, la tortura), mientras que el nuevo sistema preferiría renunciar a esas metas, si para alcanzarlas, era necesario apelar a ciertos métodos reñidos con la dignidad y seguridad de la persona individual (por ejemplo, prohibición de la coacción para lograr una declaración contra sí misma de una persona, libertad de defensa, etc). En definitiva, se intentaba, en la persecución penal, dismantelar los efectos odiosos del estado absoluto, reconociendo, sin embargo, la necesidad de perseguir aquellos atentados graves contra el orden y la paz social” (pág. 137).

En nuestro modelo Estado Social y Derecho es una idea imposible de asumir, la verdad a todo costo, la violación y desnaturalización del ser humano como persona, no puede ser olvidado y descartado, por las de seguridad podemos hablamos; lo anterior en concordancia (Zapata, 2004) “De acuerdo a lo anterior, es que los autores coinciden en sostener que la renuncia a la verdad material es “el precio que las sociedades democráticas y el Estado de Derecho paga por la prevalencia de los derechos fundamentales” (pág. 20); el derecho a la verdad, tampoco puede estar por encima de todo.

2.4.2. Régimen constitucional de la prueba ilícita

Nuestro constituyente en 1991, entre muchos aspectos, como se menciona al inicio en el primer capítulo, se evidencia su prioridad frente a los derechos fundamentales y a su vez, no solo enunciarlo, si no también otorgar herramientas que permite la efectividad de dichos derechos fundamentales; por lo anterior, el Estado y todos aquellos que represente su soberanía en su ejercicio, debe velar por el respeto de todos los derechos que representa una persona, y abstenerse siempre en la violación o puesta en peligro de sus garantías constitucionales; partiendo de lo anterior, podemos señalar que nuestro régimen constitucional que puede ser perceptible por multiplex articulaciones en su Carta Magna, esto lo debemos entender que esta norma suprema propone límites y controles que permite que la actuación del Estado no se desborde y sea desproporcional como irracional.

La labor de Indagar e investigador para desvirtuar el principio de inocencia de aquel se presume responsable de una conducta punible, es una tarea difícil, y muy tentada por parte de los competente a tomar atajos con la finalidad de conseguir justicia y conseguir en una eventualidad justicia, lo bien es cierto, es que no podemos hablar de justicia, si no se respetan las garantías que este mismo dice proteger, por lo anterior, el mismo Estado señalo unos parámetros que deben ser tenidos en cuenta y ser seguidos en cualquier diligencia, con la finalidad que se protejan los derechos de todos aquellos que rodea el proceso penal, esto es , proponiendo límites, para evitar algún tiempo de arbitrariedad; desde el punto un estadio constitucional, es imposible hablar de pruebas ilícitas o ilegales, toda vez, que basta con una lectura a los derechos fundamentales señalados en nuestra Constitución Política, sin embargo, en el plano practico, puede evidenciarse muchos defectos o incluso anomalías

en el actuar de la justicia, que pueden verse involucrados en las lesiones a derechos fundamentales, por lo que la misma constitución en su catálogo de derechos fundamentales en el inciso final, señala que es nula toda prueba violatoria al derecho de la intimidad personal.

2.4.3. Sistema acusatorio principio de la prueba

Con la vigencia de nuestra ley 904 de 2004, fue un cambio en el proceso penal, en donde se le reconoció importancia a la oralidad, pasando a un sistema mixto, a un proceso con tendencias acusatorias, pero no solamente concentrado, sin embargo, es preciso señalar que la modificación legislativa que trajo consigo el acto legislativo 03 de 2002, permitió que constitucionalmente la Fiscalía General, le permitiera tomar mayor relevancia en sus acciones; entre las reformas que trajo consigo el antes mencionado acto legislativo, podemos traer alusión el tema referente a las pruebas, en especial, aquellas que se refieren con sus principios; haciendo la salvedad que esta no trata únicamente de formalidades a tener en cuenta al momento de practicar una prueba dentro de la etapa procesal correspondiente, su realidad se refiere a hacer efectivos los derechos fundamentales de todos aquellos que hacen parte del proceso en relación con la prueba.

Ahora bien, cuando este ánimo del Estado, de mantener y salvaguardar los derechos fundamentales, no son efectivos, y al tiempo, son lesionados o trasgredidos, podemos señalar como primera mediada, que en realidad muchas veces, tiene que ver con lesión o vulneración de los propios principios de rango constitucional, que se fortalecen desde el sistema probatorio y, en especial del derecho fundamental del debido proceso, que desprende y nacen muchos más.

En ese orden de ideas, es conveniente traer a colación uno de los pronunciamientos de nuestra Honorable Corte Constitucional (2005) pronunciamiento relevante a la entrada en vigencia de nuestro actual procedimiento penal, este fallo puede ser relacionado con los principios constitucionales de la prueba, incluso refiriéndose a su importancia y satisfacción en la práctica de la prueba:

Tabla 9 Principios Constitucionales de la prueba

| Principio | Concepto |
|--------------------------------|--|
| Principio de legalidad | “Cualquier prueba debe ser decretada y practicada por una autoridad competente. En tal sentido, el artículo 284.1 de la Ley 906 de 2004 dispone que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, se podrá practicar cualquier medio de prueba pertinente, a condición de que “sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías”. |
| Principio de publicidad | “la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta, sino de cara al imputado y a la sociedad. En concordancia con lo anterior, en un sistema de tendencia acusatoria, dicha prueba deberá ser practicada durante una audiencia pública, requisito que expresamente se encuentra consagrado en el artículo 284.4 del nuevo C.P.P”. |
| Principio Contradicción | “El sindicado en el proceso penal acusatorio debe contar con la facultad de controvertir, en el curso de una audiencia, las pruebas que se alleguen en su contra y de interponer los recursos de ley correspondientes”. |

Fuente: sustento de la providencia C-591 de nuestra Honorable (Corte Constitucional. 2005. Pág. 45 – 55)

Así las cosas, podemos señalar, que el régimen probatorio que trajo consigo el Acto Legislativo 03 de 2002, permito una aplicación al régimen probatorio, ampliando de manera significativo, principios como la libertad probatorio, ya reseñado anteriormente en el punto 2.1.8.1.

2.4.4. El régimen legal de la prueba ilícita

Ahora bien, para el desarrollo del presente acápite, nos limitaremos a usar como base la normatividad legal que aborda las pruebas en el proceso penal colombiano, como es la ley 906 de 2004; así las cosas, tomaremos como base, un estudio hecho por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sala Penal (2012), la cual señalo:”Esta es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, y puede tener su génesis en varias razones a saber” (pág.49):

- (i.) “Ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución Política), esto es, efecto de una

- tortura (artículos 137 y 178 Código Penal), constreñimiento ilegal (artículo 182 lb.), constreñimiento para delinquir (artículo 184 Eiusdem) o de un trato cruel, inhumano o degradante (artículo 12 C.P.)”.
- (ii.) “Puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (artículo 15 de la Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión del allanamiento y registro arbitrario del domicilio o lugar de trabajo (artículo 28 lb., artículos 189, 190 y 191 del Código Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C.P., art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C.P., art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 lb.) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 Eiusdem)”.
- (iii.) “Puede ser el efecto de un falso testimonio (artículo 442 del Código Penal), de sobornos (art. 444 y 444A Ibídem) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 lb.)”.

“La incorporación al proceso de prueba obtenida en cualquiera de esas indeseables circunstancias determina su indefectible exclusión y, ciertamente impide que haga parte del acervo probatorio materia de examen por parte del juez para resolver el asunto puesto a su conocimiento. Pero, además si la prueba se logra mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, se genera la nulidad de la actuación procesal y se impone el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido de las mismas, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-591 del 9 de junio de 2005” (pág. 49-51).

2.4.5. Ilícitud de la prueba derivada y sus excepciones

En este punto, nos señalaremos al artículo 455 de nuestra norma de procedimiento penal, la cual establece los criterios que se debe analizar, con la finalidad de verificar si una prueba deriva a la otra así como reza tal articulado: “**Artículo 455.** Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”. (LEY 906, 2004)

Al respecto de los criterios antes señalados, podemos señalar de ante mano, que teniendo la doctrina nacional o internacional, comparte tal posición, nuestra jurisprudencia señaló en relación a lo anterior en providencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional (2005) señaló:

“En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable” “y las demás que establezca la ley”, “para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el

juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito”.

“Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) **la fuente independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) **el descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito; (pág. 123)”

Una vez referido los criterios aceptados, procederemos a referirnos cada uno, teniendo en cuenta la jurisprudencia vigente y la doctrina.

2.4.5.1. El vínculo atenuado

Esta consiste en que no habrá lugar a la clausula de exclusión, si aquella aquel que alega el vínculo atenuado, demuestra que la relación entre la prueba ilícita y la obtenido posterior a esta, puede ser atribuida con otros elementos materiales probatorios, y mostrando que relación con aquella prueba es mínima. Lo anterior, en atención que la doctrina comparte, al señalar “acorde con esta teoría, si el vínculo entre la prueba ilícita y su derivada se encuentra muy disminuido, la irregularidad de la una no alcanza a contaminar a la otra” (Lizcano Bejarano, 2015, pág. 97); Para nuestra honorable Corte Constitucional (2005) se pronuncio respecto al tema, y señalo que “el **Vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulte ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad” (pág. 123). Al mismo tiempo podemos señalar que la utilización del criterio del vínculo atenuado “permite la condena de ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente, bien por el paso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la Fiscalía en la investigación penal o el simple azar” (Guerrero, 2009, p. 277).

Por su parte la doctrina del vínculo atenuado “permite que se admita como evidencia aquella prueba cuyo vínculo con la conducta ilegal es tan atenuado, que ya no está contaminada por la ilegalidad inicial” (citado por GONZALES RODRIGUEZ & ARIAS GALVIS, 2015, pág. 26). El ámbito de aplicación de la doctrina del vínculo atenuado depende de tres factores a saber:

- “El propósito y la intensidad de la conducta ilegal”
- “La proximidad temporal entre la conducta ilegal y la obtención del fruto”,
- “La existencia de circunstancias o eventos interventores entre la ilegalidad inicial y la obtención del fruto. La quinta enmienda garantiza que ninguna persona puede ser obligada a declarar en ningún caso en el orden penal contra sí mismas (derecho de no auto incriminación), garantiza el principio *no bis in ídem*, es decir que nadie será juzgado dos veces por el mismo delito, ni privado de su libertad ni propiedades, sino mediante debido proceso establecido por la Ley”.

Ahora bien, con respecto a la siguiente, podemos señalar:

2.4.5.2. La fuente independiente

Para el entendimiento de esta teoría resulta pertinente realizar el siguiente ejercicio “El método que se aplica para determinar si la prueba regularmente obtenida deriva o no de la prueba ilícita, es el de la supresión mental hipotética: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, en forma racional se arriba al acto regular. Si la respuesta es positiva, el elemento de prueba obtenido se puede valorar. Aquí operan el buen sentido, las reglas de la experiencia y el *in dubio pro reo*”. (Anselmino, 2012, pág. 116); A su vez la Corte Constitucional (2005) señaló que “**la fuente independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso” (pág.123), por lo que esta puede sobrevivir de manera autónoma.

2.4.5.3.El descubrimiento inevitable

Esta institución se puede señalar que de acuerdo con Alcaide (citado por GONZALES RODRIGUEZ & ARIAS GALVIS, 2015, pág. 25); el “Tribunal Supremo del Estado de

Puerto Rico, para que se admita la prueba conforme a la doctrina de descubrimiento inevitable es necesario que el Estado demuestre que cumplió con los siguientes criterios”:

- “Que el gobierno estaba realizando una investigación legal que seguramente hubiera producido la misma evidencia que fue obtenida como fruto de la intervención ilegal”.
- “Que la investigación era conducida por agentes distintos a los que cometieron la ilegalidad”.
- “Que la investigación estaba llevándose con anterioridad a la actuación ilegal”.
- “Por otro lado, la información también debe ser admitida cuando se logra demostrar que la evidencia seguramente hubiese sido obtenida posteriormente en virtud de algún procedimiento estandarizado o rutinario”.

La Corte Constitucional (2005) señaló que “el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”.

2.4.5.4. La buena fe

Referente a esta excepción, podemos remitirnos a la jurisprudencia Estado Unidense y al mismo tiempo a la Española, que cuenta con fallos jurisprudenciales referente a esta excepción, (Gascón Abellán) señaló en modo de síntesis esto dos casos:

En los Estados Unidos de América, (la good faith exception) fue articulada por la jurisprudencia norteamericana en 1984 en la sentencia que resuelve el caso *United States v. Leon*. En ella se afirma que no procede aplicar la exclusionary rule cuando la policía haya obtenido pruebas en un registro efectuado de buena fe con una autorización inválida (por contener un vicio oculto) pero aparentemente correcta; es decir, cuando haya actuado en la creencia de que la orden judicial que autoriza el registro es válida. Esta doctrina se completará en 1987 con la sentencia *Illinois v. Krull*, que extiende la excepción de buena fe de *Leon* a los supuestos en que la policía ha realizado el registro apoyándose en una ley posteriormente declarada inconstitucional, y en 1995 con la *Arizona v. Evans*, que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial. La justificación de la excepción de buena fe reside en que en estos casos –según la Corte Suprema- la aplicación de la regla de exclusión no tendría ninguna eficacia disuasoria, pues, debido a la apariencia correcta de la autorización, el agente actuó en todo momento convencido de la corrección de su proceder⁴⁵. Cualquier policía, en el futuro, actuaría de la misma forma (pág.18).

(...)

En España, la excepción de buena fe policial ha sido introducida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, a propósito de un caso donde se cuestiona la licitud de la entrada y registro que la policía realizó en el domicilio de un detenido (en la que se ocupó un arma de fuego de su propiedad) sin que mediara su consentimiento ni autorización judicial, sino sólo el consentimiento de la esposa, a la sazón denunciante. El Tribunal Constitucional aduce que “según el estado de la interpretación del ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro”, el consentimiento de la esposa aparecía “como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución”. Es decir, que no existió dolo o culpa (o mala fe) en dicho registro, pues los agentes policiales que lo practicaron actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente. Por ello –concluye– “la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”. En suma continúa el Tribunal- “en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución (...) la exclusión de la prueba [en este caso, el hallazgo de una pistola] se revela como un *remedio impertinente y excesivo* que, por lo tanto, es preciso rechazar” (pág. 19).

2.5.La Prueba Ilícita en el Derecho Comparado.

La honorable Corte Constitucional (2002) realizó un estudio que vale la pena traer a alusión en “referente al tratamiento de las pruebas ilícitas o inconstitucionales. Coincidencia en cuanto a la no inclusión de la prueba viciada pero diferencias respecto a la función que cumple su exclusión y a la forma de decidir qué pruebas deben ser excluidas” en dicha pronuncia se señalo: “En el derecho comparado se pueden identificar tres grandes sistemas de regulación del problema de las pruebas ilícitas o inconstitucionales”, al mismo tiempo:

“**En primer lugar**, se encuentran los países de tradición anglosajona donde se aplica la llamada regla de exclusión. Según ella, las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Sin embargo, dentro de estos países existe una diferencia importante. En Estados Unidos, a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada por la policía, los fiscales y los jueces⁸⁰, aunque con el paso del tiempo ha señalado que existen excepciones a la misma, cuya aplicación también corresponde a los mismos funcionarios, incluidos los jueces, según se verá más adelante. En cambio, en otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores”

“**En segundo lugar**, están los países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. En Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación. Sin embargo, la base puede ser explícita y específica, evento en el cual se habla de nulidades textuales, o puede ser la violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento, evento en el cual se habla de nulidades sustanciales. En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida⁸². En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas. El concepto empleado es el de la “inutilisabilidad” de la prueba que esteriliza los efectos de estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados *contra legem*⁸³. Dado el grado de severidad de esta regla general, la misma ley exige que el juez justifique de manera expresa por qué no se fundó en cada prueba identificada como irregular (artículo 546)”.

“**En tercer lugar**, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes”.

“Estas consideraciones generales son, sin embargo, insuficientes para apreciar las características de cada sistema, en especial, qué justifica la exclusión de pruebas en cada uno, cuál país es más favorable a la exclusión de la prueba, cómo se aplican en cada situación las normas relevantes, cuáles son las categorías y criterios de análisis que orientan al juez al momento de decidir si una prueba ha de ser excluida y cuál es la importancia relativa de la ley y de la jurisprudencia en la fijación de parámetros para resolver las cuestiones anteriores. El contraste entre las experiencias en Estados Unidos y Alemania es ilustrativo de esta complejidad (39-42)”

Ahora bien, procederemos a dar una clasificación de las prohibiciones probatorias, estas se ven necesaria para la comprensión de los términos antes planteadas.

2.6. Prohibiciones probatorias

Tabla No. 10 Tipos de prohibiciones probatorias

| Tipos de Tipos de prohibiciones probatorias | Significado y fundamentación | Subtipos de prohibiciones probatorias |
|---|------------------------------|---------------------------------------|
| 1. Prohibiciones de prueba absolutas | Prohíben la demostración de | 1.1. Prohibiciones probatorias |

| | | |
|---|---|---|
| | <p>hechos.</p> <p>Excluyen a un hecho como objeto de prueba dentro de un proceso judicial.</p> | <p>procedentes del interés superior del Estado.</p> <p>1.2. Prohibiciones probatorias procedentes de los intereses de la función oficial.</p> <p>1.3. Prohibiciones probatorias procedentes del interés del Estado.</p> <p>1.4. Prohibición probatoria proveniente de la protección de los derechos de rehusarse a declarar.</p> |
| <p>2. Prohibiciones de prueba relativas</p> | <p>Prohíben el uso de medios de prueba.</p> <p>Aunque el medio de prueba se torna inadmisibile, el hecho como objeto de prueba puede ser demostrado con cualquier otro medio de convicción.</p> | <p>2.1. Prohibiciones probatorias procedentes del privilegio de los miembros de la jefatura y de sus familiares.</p> <p>2.2. Prohibiciones probatorias procedentes de la protección a la esfera de la personalidad del particular.</p> <p>2.3. Prohibiciones probatorias procedentes de relaciones de parentesco.</p> <p>2.4. Prohibiciones probatorias procedentes de la protección de los deberes de confidencialidad.</p> <p>2.5. Prohibiciones probatorias procedentes de la Garantía a la propiedad privada.</p> |

Figura tomada de Regla de Exclusión Probatoria ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALE (Sanabria, pág.16).

Tabla 11 Tipos de Prohibiciones probatorias y subtipos

| Tipos de prohibiciones probatorias | Subtipos de prohibiciones probatorias | Significado y fundamentación |
|---|--|--|
| <p>1) Prohibiciones de producción – pueden clasificarse en:</p> <p>i) absolutas ; y</p> <p>ii) relativas-</p> | <p>1.1. Prohibiciones de temas probatorios</p> <p>1.2. Prohibiciones de medios probatorios</p> <p>1.3. Prohibiciones de métodos probatorios</p> | <p>Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados (“temas”), por ejemplo, antecedentes penales ya eliminados del Registro Central Federal</p> <p>Impiden servirse de medios de prueba determinados, como, por ejemplo, un testigo que ha hecho uso de su derecho a no declarar</p> <p>Impiden un cierto modo de obtención de prueba, por ejemplo, un método de interrogatorio prohibido (prohibición de algún tipo de pregunta, coacción, amenaza)</p> |
| <p>2) Prohibiciones de utilización de pruebas</p> | <p>2.1. Dependientes</p> <p>2.2. Independientes</p> | <p>Hacen referencia a la consecuencia procesal expresa de la infracción de una prohibición de producción probatoria. Por ejemplo, el artículo 136^a III del Código Procesal Penal al establecer: “Las declaraciones que se hubieran producido trasgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser provechadas, aunque el inculpado aprobara su utilización”</p> <p>Se basan en la infracción objetiva de las normas constitucionales de forma independiente.</p> |

Figura tomada de Regla de Exclusión Probatoria ESTÁNDARES JURISPRUDENCIAL (Sanabria, pág.18).

Concluido los apuntes antes señalados, procederemos a dar inicio, la sanción procesal de estas pruebas no permitidas en el proceso, la figura de la exclusión de la prueba.

3. La exclusión de la prueba

“La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera “de pleno derecho” y cobija a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica”. (Colombia. Corte Constitucional, 2002)

Una vez estudiado los capítulos antecesores, procederemos a tomar como nuevo punto de partida el tema de la exclusión de la prueba, esta entendida no solo como la sanción constitucional que tiene como consecuencia la expulsión de una prueba por el hecho de estar viciada y contener un carácter de violatorio de derechos fundamentales; en el presente acápite, buscaremos dar respuesta más profunda frente su naturaleza y sus consecuencias dentro de un proceso penal con tendencias acusatorias así como es el de nuestro país.

3.1. Nociones previas

Sea lo primero en señalar que de manera amplia, “la regla de exclusión hace referencia al proceso de apartar una prueba del conocimiento del juez, ya sea por su inadmisión, su rechazo o su exclusión en sentido estricto” (Medina Rico, 2017, pág. 27); Dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal de carácter acusatorio, igual que muchos a nivel mundial, han incorporado la regla de exclusión, como garantía de cualquier tipo de irregularidad o ejercicio arbitrario por parte del ente investigador al momento de incautar alguna prueba; lo anterior con la finalidad de no reconocer efectos a las pruebas obtenidas que se caracterizaron por la vulneración de derechos fundamentales, que formalmente adquieren el título de ilicitud probatoria. Vale la pena traer a alusión que desde la jurisprudencia Alemana, “el Tribunal Supremo Federal Alemán, en sentencia de 14 de junio de 1960 estableció que **no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio**” (Margarita Guillén, 2014, pág. 222). (Negrilla fuera de texto).

Históricamente, en los modelos anteriores, como lo fue el inquisitivo, se llamaba a la verdad material, está teniendo en cuenta la teoría de la dualidad de verdades –teorías del

caso- las hoy conocidas como las verdades procesales (material y formal), estas que son de vital relevancia al momento de la incorporación de las pruebas por parte de las partes dentro del proceso penal; Anteriormente se defendía todo lo que en las posibilidades del defensor se le permitía defender, y aun mucho más, cuando su finalidad era el descubrimiento de la verdad, estas pruebas debían ser valoradas por el Juez natural del proceso, toda vez que en “un contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención” (ESTRAMPES, 2010, pág. 133); lo anterior permite evidenciar, el cambio de perspectiva que debe tener el jurista en nuestro proceso penal, que si bien no es del todo acusatorio, este se caracteriza por tener tendencias a este.

Así las cosas, la verdad a todo precio no puede suscitar en nuestro proceso penal, y mucho menos en nuestro modelo de Estado, por tal la razón, señalamos que la exclusión es por tanto, una sanción de rango constitucional señalada en nuestro artículo 29 de nuestra carta magna, esta recae sobre las pruebas que de una manera se encuentran contaminadas por haber sido obtenidas violentando los derechos fundamentales, que una vez se detecta su presencia del quebrantamiento de estos derechos, asume el carácter de prueba inconstitucional o ilícita; referente a la conceptualización de esta situación, nos referiremos al doctor Parra (2014), el cual señala:

La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales, y por tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas (pág. 803).

Por otra parte, Roxin (2000) afirma “que las prohibiciones probatorias se analizan desde las prohibiciones de producción de la prueba y las prohibiciones de valoración de la prueba.” (...) “En el primer grupo se encuentran los hechos que no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (prohibición en temas probatorios), medios de prueba que no pueden ser empleados (prohibición de medios probatorios), producción en la que no

puede hacerse uso de algunos métodos (prohibiciones de métodos probatorios) y realización u obtención de pruebas sólo por determinadas personas (prohibiciones probatorias relativas)” (pág. 191-192); así las cosas, reiteramos que la exclusión es la consecuencia jurídica que recae sobre la prueba obtenida violentando derechos fundamentales, esto es, una prueba inconstitucional e ilícita. Considera Parra Quijano, trayendo a colación a la Corte Constitucional (1997) que anoto referente a la exclusión de la prueba: “la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí... la Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal” (pág. 13); lo anterior con fundamento a los intereses del proceso, que no pueden dejarse de lado, estos a su vez deben medirse; así lo ha señalado la misma corte (2002) “la conclusión de 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” (pág. 33); que permite una concordancia con los principios y valores constitucionales que rigen nuestra Constitución Política.

Ahora bien, analizando el pronunciamiento de nuestra honorable Corte Constitucional (2005) sostuvo que haciendo “una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física” (pág. 119); permitiendo de esta manera, que la garantías procesales sean fortalecidas y resguardadas, no solo para el involucrado en el proceso, si no, para todos aquellos que creen en la justicia y su proceso.

Para el entendimiento de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, se requiere un estudio histórico referente a esta, por lo que procederemos al estudio de este.

3.2. Antecedentes de la Institución

La institución de la clausula de exclusión no es nacida en nuestro país, esta tubo sus inicios en el derecho de otros países, sin embargo, con la finalidad de hacer un estudio pertinente referente a esta institución, señalaremos a continuación los primeros pronunciamientos referente a la ponderación, y examinaron que no es posible hablar de derechos de la verdad a toda costa, fueron los siguientes casos reseñados en la siguiente tabla:

Tabla 12 Antecedentes Históricos de la C. Exclusión

| Estados Unidos | Alemania |
|---|--|
| <p data-bbox="396 863 618 894"><i>Exclusionary rule</i></p> <p data-bbox="224 961 740 1192"> 1914 - Weeks vs. United States 1920 - Silverthorne Lumber & Co.v. United States 1921 - Gouled v. United States 1921- Byars v. United States 1949 - Wolf v. Colorado 1961- Mapp v. Ohio </p> | <p data-bbox="938 863 1268 894">Prohibiciones probatorias</p> <p data-bbox="818 972 1373 1203"> 1903- Ernst Beling. Las prohibiciones probatorias como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal 1960- TS Alemán: “no es un fin del código procesal penal conseguir la verdad a cualquier precio ” </p> |

Figura tomada de Regla de Exclusión Probatoria ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALE (Sanabria, pág.5).

3.3.La regla de exclusión y su fundamento constitucional en el P. Penal

La vinculación del acto legislativo 03 de 2002 permitió fortalecer las bases de un proceso adversarial, donde el mismo investigador no tenga facultades de juzgador; “en tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales” (pág.116); permitiendo fortalecer las garantías procesales y equilibrar las armas dentro del proceso.

Nuestra carta magna, como se menciona a lo largo del presente texto, señala nuestro derecho fundamental al debido proceso, en su artículo 29, sin embargo, este trae consigo múltiples principios y derechos que permite que este derecho fundamental pueda perfeccionarse, ahora bien, si nos enfocamos en el inciso final de ese artículo, este señala, que es nula de pleno derecho toda prueba violatoria al derecho fundamental, y será excluida de pleno derecho, sin embargo, observamos que esta se encuentra en concordancia con el artículo 23 de nuestro código de procedimiento penal ley 906 de 2004; lo anterior, permitiendo una garantía constitucional en cualquier tipo de actuación procesal ya sea de carácter judicial o administrativa.

3.4.Elementos de la regla de exclusión

Nuestra constitución política en el articulado 29 señala en su inciso final la sanción constitucional objeto de estudio, la prueba obtenida con violación al debido proceso, señalo la Corte Constitucional (2002) que “el aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso”(pág.32); esto en el entendido, como se ha señalado a lo largo del presente texto, y se enfatizo en el capítulo I, cuando estudiamos la intromisión a la esfera privada, que este tipo de procedimientos debe llevarse atendiendo lo señalado por nuestro ordenamiento jurídico, para que estas no sea tachadas como irregulares o ilegales.

La regla constitucional de exclusión contiene dos fuentes jurídicas, “la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado” (Colombia. Corte Constitucional. 2002); se puede agregar, que el criterio fijado por la Corte Constitucional (2002) “es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida” (pág. 33); lo anterior, en atención a la garantías fundamentales dentro del proceso.

3.5.Finalidad de la Exclusión de la prueba en Colombia

La cláusula de exclusión tiene sus fundamentos en nuestra constitución, en el artículo 29 en el inciso final, así como mencionamos anteriormente, pues teniendo en cuenta lo consignado señala “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, lo que permite inferir muchas conclusiones partiendo de ese inciso constitucional, sin embargo, Urbano Martínez (2005):

“ni en la Constitución de 1886 ni en el Código de Procedimiento Penal de 1987 se consagraban de manera expresa la prueba ilícita y la regla de exclusión y por ello la prueba practicada con violación de los derechos fundamentales y con desconocimiento de la garantía social de razonabilidad en la práctica probatoria se regía por el régimen de la prueba aducida con violación del régimen legal. Y para la determinación de las consecuencias de la vulneración de tal principio debía acudir a las normas relativas a la inexistencia de actos procesales, a la nulidad, al control de legalidad y finalmente, al recurso extraordinario de casación. No obstante, el ámbito de aplicación de estos mecanismos era muy restringido y, por lo mismo no era idóneo para derivar todas las consecuencias inherentes a la regla de exclusión de la prueba ilícita (pág. 294).

En concordancia con lo anterior, podemos señalar la jurisprudencia de nuestra honorable Corte Constitucional que estudio los enunciados normativos en sentencia (2002), la cual permitió de verdad, estudiar el deber ser de esta cláusula interpuesta en nuestra de constitución, “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” (pág.31); a sí mismo, es pertinente señalar que “(i.) la nulidad se genera no sólo 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” (pág.31); ahora bien, al mismo tiempo, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en su sala Penal (2004), aseguro “nuestro ordenamiento jurídico acoge así, 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”(pág 22) (negrilla fuera de texto); al mismo en la misma providencia señala:

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** (Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 2004)

Una vez señalado las consideraciones de nuestras altas cortes como son la Corte Constitucional, como a su vez, la Corte Suprema de Justicia, podemos señalar que en la doctrina existe otra posición, como es la de Villamizar (2014) que concluye en sus resultados de investigación:

La finalidad en Colombia de la exclusión de la prueba no es monofinalista. El ordenamiento jurídico en Colombia mezcló las dos grandes finalidades que teóricamente se han expuesto como justificante a la nulidad de la prueba obtenida o derivada de actos lesionadores de derechos fundamentales, generando una posición original al respecto. Esta mezcla generó que no solamente la Corte hable de dos finalidades, las cuales pueden calificarse como tradicionales, sino que amplió el catálogo: en Colombia son 5 funciones las que respaldan la exclusión de la prueba ilícita: **i) función disuasiva, ii) función protectora de la integridad del sistema judicial, iii) función de garantía a la legalidad, iii) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba, iv) función reparadora de la arbitrariedad cometida** (pág.105) (negrilla fuera de texto).

3.6. Condición de aplicación de la regla de exclusión constitucional de la prueba

Referente a este punto, la honorable Corte Constitucional (2002), no vacilo en señalar “**En primer lugar**, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida”; al mismo tiempo, señalo que “**En segundo lugar**, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia”; resalta al mismo tiempo la corte que “en Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y

etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales” (Colombia. Corte Constitucional. 2002. Pág.35).

Seguidamente, la Corte Constitucional (2002), señalo a los antes mencionados “**En tercer lugar**, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal”; al mismo tiempo se debe tener “**En cuarto lugar**, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente” (pág.35); permitiendo que la clausula de exclusión se aplique en términos constitucionales correctos.

3.7. Funciones que cumple la exclusión de la prueba

La figura de la exclusión debe cumplir las siguientes funciones, así señalado por nuestra honorable Corte Constitucional señalo “la exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas puede cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco: **a) función disuasiva** de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; **b) función protectora** de la integridad del sistema judicial y de su reputación; **c) función garante** del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; **d) función aseguradora** de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y **e) función reparadora** de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto” (Colombia. Corte Constitucional. 2002); permitiendo de esta manera, que la exclusión no

sea un mero silogismo que se aplicaría frente a una prueba ilícita, esta debe señalar que finalidad tenga, con el fin no se vea a riendas sueltas.

3.8. Nulidad procesal derivada de la prueba ilícita

3.8.1. Alcance

La doctrina Española en manos de la (Anselmino, 2012) señala que “como en tantas otras cuestiones que involucran valores enfrentados, la literatura jurídica toma partido a favor o en contra (del extenso alcance de la regla de exclusión pretendido por la teoría del fruto del árbol envenenado), incorporando matices que evidencian el propósito de arribar a la solución estimada más justa” (pág.110), al mismo tiempo podemos señalar, diferentes tipos de tesis que resguarda la aplicación de la clausula de Exclusión.

Tabla No 12 Tesis de la regla de exclusión

| Tesis | Sustento |
|-------------------|--|
| Tesis restringida | “desde una primera perspectiva, hay quienes sostienen que todo aquello que pudiere ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debe ser valorado por el juez para formar su convicción, resultando irrelevante el modo de su obtención. A los que participan en este pensamiento (“el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito”) no se les plantea ningún problema en cuanto a los efectos reflejos de una prueba ilícita. O sea, si admiten y reconocen plena eficacia al material directa e inmediatamente recolectado de la ilegalidad, tanto más lo hacen respecto de irregularidades oblicuas o indirectas” (Citado por Anselmino, 2012.Pág. 110) |
| Tesis ecléctica | “en una posición intermedia, se considera necesario encontrar una solución que respetando los valores garantizados por las prohibiciones probatorias no limiten excesivamente el derecho a la prueba. En esa línea, se estima que la solución puede hallarse distinguiendo el fundamento de las normas violadas. Si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, son válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso son ineficaces. Incluso puede reducirse la ineficiencia, en estos casos, a los supuestos en que tales elementos de prueba no se obtengan por un procedimiento lícito. Restringiendo o ampliando la validez, según se presume o no la sostenibilidad legítima” (Citado por Anselmino, 2012.Pág. 110). |
| Tesis amplia | “desde este enfoque se concluye que, permitir que la justicia, |

so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción constitucional, es abiertamente contrario a la prelación normativa del art. 31 de la Constitución Nacional. La operatividad propia de las garantías constitucionales priva de todo valor, no sólo a las pruebas que constituyen el corpus de la violación, sino encubiertos” (Citado por Anselmino, 2012.Pág. 110)

Fuentes, datos tomados de (Anselmino, 2012, pág. 110)

Por otra parte, podemos señalar nuestra entidad acusadora “ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2007), por lo que infiere lo señalado anteriormente, no puede verse y justificar la verdad a todo costo; además la condición de prueba ilícita e ilegal debe ser dispuesto por una autoridad competente, lo anterior en atención que como ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional “No todo recaudo de material probatorio obtenido con ocurrencia de alguna irregularidad constituye necesariamente una conculcación de las garantías constitucionales del debido proceso, ni puede recibir, per se, el descalificador rótulo de “prueba ilícita”, primero porque lo que se reclama en su práctica es el cumplimiento de los requisitos esenciales, nivel que no es propio de todas las formalidades, de manera que no es la omisión o anomalía en cualquiera la que tiene la potencialidad de vulnerar el debido proceso. (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2007), lo anterior, en atención que las pruebas recaudadas en procesos estatales se presumen realizadas en el marco de la buena fe.

3.9. Las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional

Referente a este punto, la honorable Corte Constitucional (2002), señaló “La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera de pleno derecho y cubre a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica. Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al

menos, las siguientes tres consideraciones” (pág. 34); ahora bien, en providencia SU-159 de 2002, señalo:

Primero “es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita” (Colombia. Corte Constitucional, 2002. pág.34).

Segundo “es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales” (Colombia. Corte Constitucional, 2002. pág.35).

Tercero “es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal” (Colombia. Corte Constitucional, 2002. pág.35).

Cuarto “el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del

expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución” (Colombia. Corte Constitucional, 2002. pág.36).

Una vez señalado lo anterior, podemos señalar que si bien la exclusión de la prueba no se puede ver a riendas sueltas, lo cierto sería afirmar que no se puede ver como un simple silogismo que permite dar la exclusión de una prueba como primera ratio, esta debe ser como ultima ratio.

Tabla 13 Consecuencias procesales y probatorias de la aplicación de la regla de exclusión

REGLA GENERAL. La aplicación de la regla de exclusión no afecta la validez del proceso. La expresión “nulas de pleno derecho” en manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, a tener por inexistente, el elemento de juicio obtenido en forma ilegal o ilícita. Dependiendo del momento procesal en el que se aplique la regla de exclusión, puede manifestarse de tres maneras diferentes:

| | |
|---|--|
| Regla de exclusión como criterio negativo de admisibilidad. Prohibición de admisión. | El elemento susceptible de exclusión no debe ser decretado por el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria. Se busca impedir que el juzgador adquiriera datos de prueba de ese elemento (véase estándar de admisión de prueba). |
|---|--|

| | |
|--|---|
| Regla de exclusión como ineficacia demostrativa. Prohibición de valoración. | En caso de que el elemento de conocimiento sea decretado y posteriormente practicado en sede de la audiencia de juicio oral, el juez de instancia en sede de sentencia, o el de segunda al resolver la apelación, debe tener como inexistente la evidencia objeto de exclusión, y proceder a valorar el acervo probatorio |
|--|---|

restante: si no hay suficiente prueba para condenar, la decisión deberá ser absolutoria en atención al estándar probatorio (más allá de toda duda razonable) y la presunción de inocencia; si pese a la exclusión, aún existen elementos cognoscitivos suficientes, lo procedente es emitir sentencia condenatoria.

Regla de exclusión como imposibilidad de uso: prohibición de utilización.

Los elementos de conocimiento susceptibles de exclusión carecen de cualquier utilidad jurídica: no pueden ser utilizados para impugnar credibilidad o refrescar memoria, o en sede de garantías para acreditar motivos fundados o inferencia razonable.

EXCEPCIÓN. Se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y se enviará a otro juez distinto.

Figura tomada de estándar sobre la regla de exclusión de prueba (Sanabria, pág.86).

3.10. La regla de exclusión a la luz del derecho internacional

Sea lo primero en indicar, antes de dar inicio con el derecho internacional, señalaremos que nuestra honorable Corte Constitucional (2002) señaló: “todas las pruebas obtenidas como resultado de una violación del estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas serán inadmisibles (regla de exclusión) cuando la violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o cuando su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él. estas disposiciones coinciden con los principios establecidos en la constitución colombiana, que también protegen la integridad del acervo probatorio y consagran la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso” (pág. 180); pero examinando el derecho internacional, podemos traer alusión los siguientes pronunciamientos, de la doctrina y jurisprudencia.

3.10.1. Derecho Angloamericano

El derecho angloamericano o sistema jurídico angloamericano, caracterizado como el sistema del *comon law*, donde sus principales influencias son en Inglaterra y en los Estados Unidos de América –EEUU-, este tipo derecho se caracteriza porque “prevalece allí una

valoración práctica-procesalista y desconstitucionalizada (o, si se prefiere, “aconstitucional”) de la regla de exclusión que enfatiza su fundamento disuasorio respecto del accionar ilícito de los agentes estatales encargados de la investigación, persecución y juzgamiento de los delitos. De modo que la regla prohibitiva cobra allí, fundamentalmente, un sentido preventivo-evitativo de las “conductas policiales ilícitas” (GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, 2013, pág. 30)

Ahora bien, estudiando la finalidad de la exclusión de la pruebas en el derecho angloamericano, podemos señalar que González (2013) señala “*el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas*” y 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*” (pág.31); ahora bien, señalado lo anterior, podemos señalar que el tribunal supremo Federal USA, limito la aplicación de la regla de exclusión en los siguientes eventos, así lo señala la jurisprudencia internacional “a) cuando la prueba se obtenga ilícitamente por particulares (caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921); b) cuando se obtuviera por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990 -que no aplicó la regla de exclusión al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México-); y c) cuando la policía hubiera actuado de buena fe” (citado por González, 2013, Pag.32); en relación de lo antes mencionado, podemos señalar la prevalencia de la jurisprudencia, la ley y al mismo tiempo la política criminal como elementos para resolver este tipo de conflictos.

3.10.2. Derecho Continental Europeo

Haciendo una visión ahora en otro continente, como es el Europeo, la regla de exclusión tiene, en cambio, origen y fundamento constitucional. El Tribunal Constitucional italiano declaró que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales era una “*prove incostituzionali*” (SSTC 34/1973 y 81/1993). Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoce un núcleo esencial de protección jurídica de la esfera privada de las personas, inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius*

puniendi, basado en el “derecho al libre desarrollo de la personalidad” (citado por González, 2013, pág.32); así mismo, señalo como reconocimiento este derecho europeo González (2013):

En sus orígenes, el Tribunal Constitucional español valoró la regla de exclusión como *una garantía procesal de naturaleza constitucional, íntimamente ligada al derecho a un proceso con todas las garantías* (Art. 24.2 CE) y *a la igualdad de las partes* (Art. 14 CE). Este anclaje constitucional permitía sostener la regla impositiva aún frente a violaciones probatorias provenientes de los particulares, dada la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. No obstante, en posteriores pronunciamientos el Tribunal aludió a concretas “necesidades de disuasión” del comportamiento público-estatal delictivo, en el sentido afirmado por la jurisprudencia norteamericana, convirtiendo a la regla de garantía en mero remedio judicial (pág.33).

Por lo anterior, a modo de tener una mayor claridad frente al tema, estudiaremos los pronunciamientos de los tribunales de los distintos países en relación al tema de estudio, por lo que permitimos señalar.

3.10.3. Reseñas Jurisprudenciales en el derecho comparado

Para el desarrollo del presente acápite, usaremos como texto guía “las prohibiciones probatorias como límites al descubrimiento de la verdad en el proceso penal” (GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, 2013, págs. 43 - 52), el cual hizo un estudio referente a la jurisprudencias de otros países, los cuales se pronunciar concierne a la exclusión de la prueba, seguidamente de traer a alusión el respectivo extracto jurisprudencia de la misma, con las respectivas anotaciones que diera a lugar:

3.1.1.1. Estados Unidos de Norteamérica

1. “Por imperio de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en término generales, no puede admitirse judicialmente la prueba obtenida en violación a dicha enmienda. La regla así gestada tiende a preservar la vigencia de la garantía a través de un **acto disuasorio** (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada” (EE.UU. United States vs. Janis, 1976)
2. “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 aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos *inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne, prefiero*

que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno” (EE.UU. Olmstead vs. United States, 1928)

3. “Mantenemos que toda prueba obtenida mediante registros y ocupaciones con violación de la Constitución **es, por la Constitución misma, inadmisibile...** Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los Tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia” (EE.UU. Mapp vs. ohio, 1961)

3.10.3.2.Canadá

1. “Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizadas por la Carta Magna, la prueba quedará excluida si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, **su admisión en el proceso repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia**” (Canada. Rothman vs. R., 1981)
2. “**La pérdida de prestigio de la Administración de Justicia** se produciría por la convalidación de conductas inaceptables de las instancias investigadora y acusadora” (Canada. R. Vs. Collins, 1987)

3.10.3.3.Inglaterra

1. “El carácter casuístico de la apreciación de la prueba ilícita, que habrá de ponderar todas las circunstancias concurrentes y los intereses en juego, y más que el perjuicio que su admisión pueda ocasionar al acusado, **su negativa repercusión sobre la limpieza del proceso.** Por lo demás, la regla de exclusión se extiende a cualquiera pruebas, y puede ser incluso apreciada de oficio, aunque lo común sea su depuración en virtud de la defensa” (Inglaterra. R. vs. Alladice, 1988)

3.10.3.4.Italia

1. “Los actos ejecutados con **desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano**, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima” (Italia. Tribunal Consitucional., 1973)

3.10.3.5.España

1. “Nuestra jurisprudencia ha establecido una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales. **La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por la vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución**, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14, CE) y se basa,

- asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)” (España. Tribunal Constitucional, 1994).
2. “No pueden los órganos judiciales conceder eficacia probatoria a una prueba obtenida ilícitamente. Deben los jueces y tribunales prescindir de la prueba obtenida ilícitamente, dada **su nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental reconocido por la Constitución**” (España. Tribunal Constitucional, 1994)
 3. “de las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que **los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales (...)**. El **derecho a la presunción de inocencia** exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues **sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria**” (España. Tribunal Constitucional, 1995)
 4. *“la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución)”* (España. Tribunal Constitucional, 1984)
 5. “tal afectación (de los derechos fundamentales) se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, **su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso** (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de **la desigualdad de las partes en el juicio** (art. 14 de la Constitución), desigualdad *que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual **nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido***” (España. Tribunal Constitucional, 1984)

6. *“aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el Estado de Derecho que la Constitución insta, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (...). La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (...) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo” (...) debe considerarse prohibida por la Constitución”* (España. Tribunal Constitucional, 1998).
7. *“la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un **proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes** (arts. 24.2 y 14 CE); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)”* (España. Tribunal Constitucional, 2001).

3.10.3.6.Alemania

1. *“No es un principio de la ley procesal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Esto tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado”* (Alemania. Tribunal Federal de Justicia en materia penal, 1960)
2. *“El objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho es **proceder contra el inculpado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana**, garantizando, por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad. La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona **debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación**”* (Alemania. Tribunal Federal de Justicia en materia penal).

3.10.3.7.Australia

1. *“Hay que **valorar equilibradamente los intereses** de la sociedad en la aprehensión de los culpables y en su persecución y condena, por una parte y, por otra, el repudio de cualquier conducta o subterfugio procesal que sea **contrario al juego limpio**, o ilegales en el sentido de llevar consigo una naturaleza tal que ofenda los conceptos que importan a **la decencia democrática**”* (Australia. R. vs. Dugan, 1984).

3.10.3.8. Costa Rica

1. “La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, niega convicción a la probanza lograda ilegítimamente con sustento en que **la investigación de un delito no justifica la comisión de otro para el descubrimiento del primero**, ni el Estado debe utilizar medios por él proscritos para investigar las conductas delictivas que se denuncian como cometidas” (Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional, 1990)

3.10.3.9. Argentina

1. “Otorgar valor al resultado de un delito y apoyar en él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que **compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito**” (Argentina. CSJN - Montenegro, Luciano Bernardo, 1981).
2. “La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el **derecho al debido proceso** que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional” (Argentina. CSJN -Rayford, Reginald, 1986).
3. “*No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, **partiendo del estado de inocencia**, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida, tanto objetiva como subjetivamente...*” (Argentina. CSJN - Gordon, Anibal, 1988).
4. “*Entre dos intereses fundamentales de la sociedad -su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en **prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley**- ha sido resuelto dando primacía a este último*” (Argentina. CSJN - Ruiz, Roque, 1987).
5. “*Si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la **búsqueda de la verdad** y torcer injustificadamente **el principio de justicia** que debe primar en todo pronunciamiento judicial*” (Argentina. CSJN).

A si las cosas, procederemos hacer las siguientes anotaciones referente al derecho internacional.

3.11. La no aplicación de la clausula de exclusión en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia Internacional

Por lo general, mucho de los criterios de justicia hoy en día, practican y defienden el common law, partiendo de esta premisa, “este sistema vela por hacer prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal y a su vez, sobre la posible causa ilícita de la prueba” (ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1984); Sin embargo, vemos países como Alemania, este desde los mediados del siglo pasado se adopta el punto de vista de la “ponderación de intereses en el juego”, lo que permite señalar, que no existe regla de exclusión general de la prueba ilícita, toda vez, que es el juez al que le corresponde realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba: por otra partes, mientras en Ecuador, Conforme al principio de inmediación y respeto a los derechos del imputado y víctima, se ve la posibilidad de cumplir con dos deberes: por un lado, respeto a (i) los derechos del imputado y al debido proceso, y en éste el de inmediación y defensa; y por otro lado, (ii) el derecho de las víctimas a que se les garantice el acceso efectivo a la justicia (artículo 75 Constitución de la República del Ecuador) y el derecho a la verdad. (ECUADOR. CORTE CONSTITUCIONAL, 2009)

Un país como es Colombia, se caracteriza con ocasión es que es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, “la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, 2018); al mismo tiempo, observamos que en otros países, cuenta con herramientas que le permite resolver este tipo de situaciones que excluye las pruebas violatorias a los derechos fundamentales.

3.11.1. La doctrina de la conexión de antijuridicidad

La doctrina reconocida en los países europeos, predominante, tanto en las altas cortes de España, entiende que la relación entre la prueba ilícita y las restantes pruebas de cargo es lo que denominan *la conexión de antijuridicidad*; sin embargo, para establecer si estamos en frente de esta relación antes mencionada, por lo que requiere Costa (2012)

“Atender a la posible independencia de la prueba derivada respecto de la ilícita, es decir, si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de esta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la denominada conexión de antijuridicidad y por tanto dicha prueba derivada quedara afectada por la ilicitud” (145).

(...)

“habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”(pág.147)

Así mismo, señalo el tribunal constitucional de España (2005), en términos bastante manifiestos “si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido esta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no haber quedado contaminada por la ilicitud” lineamiento que se viene desarrollando desde los 1998, en STC 81.

Una vez, planteado lo anterior, nos podemos entrar a señalar, que dentro de las funciones ejercidas por el órgano investigador y/o acusador del Estado, puede verse situaciones en la que se afecte algunos derechos fundamentales, que puede ocasionar incluso a una nulidad de todo lo actuado; teniendo presente una situación de estas, el tribunal supremo frente esta situación señalo lo siguiente:

Se hace necesaria una especial motivación de la misma y un especial cuidado y esmero en su adopción, huyendo en la medida de lo posible de plantillas y formularios, y en caso de que se utilicen estos, adaptarlos de tal manera que permitan espacios en los que se apunten las circunstancias del caso concreto, el análisis de las sospechas fundadas de la unidad policial solicitante de la medida, y, en su caso, el juicio de ponderación.

Al mismo tiempo, la doctrina internacional señalado:

La regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador de los derechos fundamentales se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. (citado por Costa Torné, 2012,pág.10).

Ahora bien, esta situación se refiere a lo genera, sin embargo, existen unas excepciones a las pruebas a la prueba ilícita, es así como el Tribunal Constitucional (1998), se dio en la tarea de limitar la aplicación de la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita, en su providencia esta señalo: “quedara excluido de la causa, sino que ahora dependerá de un triple factor o test: de (i) la gravedad de la violación, (ii) el resultado obtenido y (iii) la eficacia disuasoria que sobre los poderes públicos pueda tener tal transgresión, de forma que ese material ilícito puede llegar a ser introducido en el proceso” (numeración y negrilla fuera de texto)

Un ejemplo muy particular que se permite traer a alusión para esta situación, se refiere cuando el ente investigador, una vez cuenta con una prueba, sin embargo, esta fue obtenida violando o lesionando derechos fundamentales, se puede ser subsana si es obtenido por otro medio que no afecte sus derechos fundamentales, es así como señalo el Tribunal Suprema Norte Americano en caso Oregon vs Elstast (1985), en los siguientes términos: en la cual si bien no se admitió la validez de la primera confesión del detenido practicada sin haber sido informado de su derecho a mantener silencio conforme a lo exigido en las reglas Miranda, se admitió la validez de una nueva confesión realizada con posterioridad tras la información de sus derechos por la policía” sin embargo, en la justicia española (resulto un poco más interesante, el cual lo resumiremos a continuación:

- ✓ El tribunal Constitucional (1995) se juzgaba al imputado por hallarse en posesión de un bolso que llevaba en el coche que contenía 25 kgs. de hachís, y esta información que había sido obtenida como consecuencia de una escucha telefónica, que posteriormente fue declarada conculcadora del derecho al secreto de las comunicaciones.
- ✓ La defensa señalo que la primera declaración de su representado ante la Guardia Civil en la que había reconocido todos y cada uno de los hechos que se le imputaban toda vez que el mismo careció de asistencia letrada, a pesar de que su posterior declaración ante el Juez mantuvo el sentido de su anterior declaración.

- ✓ El Alto Tribunal no niega la existencia de relación de causalidad entre la información obtenida de la escucha ilegal y la detención del imputado en posesión de la droga, definiendo la confesión como evidencia derivativa pero niega que la misma quede viciada por la ilegalidad original.
- ✓ El TC lo hace principalmente teniendo en consideración un factor más bien psicológico como es la espontaneidad de la confesión, esto es, la tendencia que tienen muchas personas a no guardar silencio ante una acusación contra su persona intentando dar una explicación más o menos convincente de lo acaecido o bien confesando los hechos ante las evidencias que se le exponen. El TC da valor probatorio a la confesión del imputado argumentando que «la valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito
- ✓ El tribunal Constitucional (2000), la cuestión de la validez de la confesión derivada de una diligencia de prueba ilícita afirmando lo siguiente: «la declaración del acusado, en la medida en que ni es en si misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria.
- ✓ La independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica – derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, y asistencia letrada– constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración, de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito y desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificaría su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental

Fuente y síntesis tomados (Costa Torné, 2012, págs. 148 - 151).

Así mismo (Costa Torné, 2012) concluye que se ha señalado partir de esta doctrina se han ido introduciendo excepciones a la prueba ilícita, así:

1. se admite jurisprudencialmente que la confesión voluntaria del acusado es idónea para fundamentar una sentencia de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental. En este supuesto deberían de existir otros elementos probatorios para destruir la presunción de inocencia, puesto que admitir lo contrario podría suponer una

quiebra de los principios más elementales del Estado democrático y de Derecho. Lo mas apropiado según mi parecer, seria estar a las circunstancias del caso concreto en que tuvo lugar la declaración auto-inculpatória, para así poder discernir si tal declaración se produjo en un contexto de libertad y espontaneidad y asistido por un letrado (pág. 160).

2. Es la actuación de la policía de buena fe en el desarrollo de sus investigaciones y con total respeto a los derechos fundamentales, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito. El fundamento de dicha excepción estaría en la necesidad de estimular que las actuaciones de los agentes públicos respeten la Constitución, por tanto, cuando su actuación no tenga intención de desconocer o violar la Constitución o despreciar sus mandatos, si estos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de las pruebas obtenidas (pág.161).
3. Conforme a la excepción del descubrimiento inevitable no podría excluirse una prueba derivada de otra ilícita o inconstitucional porque al resultado probatorio de la primera podría haberse llegado inevitablemente por el curso normal de la investigación. Desde el punto de vista de la presunción de inocencia que debe regir todo proceso penal, el aplicar esta excepción resulta peligroso ya que al final todo puede reducirse a que igual se hubiera obtenido la prueba para condenar, aunque en un principio se hayan vulnerado los derechos fundamentales” (pág.161).

Una vez concluido el presente acápite, procederemos a emitir las conclusiones y de esta manera satisfacer el objeto final y de este manera satisfacer el general de nuestra monografía, como es el de determinar cuando la prueba violatoria al derecho a la intimidad, puede seguir permaneciendo dentro del proceso penal, atendiendo ya las tesis en pro y en contra de las pruebas violatorias a los derechos fundamentales.

Así las cosas, procederemos a emitir las conclusiones, en modo de capítulo final titulado, “la permanencia de la prueba violatoria al derecho intimidad personal en nuestro proceso penal colombiano”, para tal tarea tomaremos como fuente principal todos los argumentos antes esbozados en el presente texto.

4. La permanencia de la prueba violatoria al derecho intimidad personal

El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto la ley me promete. (Calamandrei, 2009, pág.35).

Una vez iniciada la audiencia preparatoria, le corresponde al juez competente verificar si aquellas pruebas que se pretende decretar, cumple con los criterios legales y constitucionales exigidos para que estas sean practicadas en el juicio oral; ahora bien, al momento que dentro del proceso que se vislumbra una prueba obtenida ingresando a la esfera privada de una persona, emerge una situación que requiere una acción, esta es, si puede ser utilizada como fundamento de cualquier providencia que emerja partiendo de ese punto; hasta la necesidad de sancionando esa prueba con expulsión física dentro de proceso judicial.

Dentro de las posturas a favor de la admisibilidad de aquellas pruebas que se caracteriza porque fueron obtenidas quebrantando y lesionando la esfera privada, se inspira como se señaló anteriormente, en la reconstrucción de una verdad histórica y retrocedieron en frases como para la época de Maquiavelo, donde este señalaba que el fin justifica los medios; mientras el extremo opuesto, resume su postura que una justicia a todo valor, puesto que el Estado se volvería un quiebre de todos los bienes jurídicos que este mismo, dice que proteger.

Haciendo las anteriores anotaciones, nos permitimos como primera medida es recordar que de acuerdo con el doctor Quinche Ramírez (2009) resalto que nuestro modelo de Estado Social de Derecho señalo:

La dimensión de la vinculación social del Estado, que implica la obligación de los poderes públicos de velar por la previsión, distribución e igualación de los bienes materiales y de cultura; la dimensión de la referencia social de los derechos fundamentales, que impone la obligación de interpretar estos derechos, desde el principio de garantía de la libertad; la dimensión de la obligación del estado de articular la sociedad desde bases democrática (pág. 49).

En relación con la jurisprudencia, podemos señalar como pronunciamientos relevantes antes de desarrollar el tema, los siguientes:

4.1. Antecedentes jurisprudenciales

Se considera pertinente recordar, antes de dar inicio a las conclusiones, señalar y analizar en qué eventos es posible que exista una vulneración al derecho a la intimidad personal, pero no es procedente la aplicación de la cláusula de exclusión en el procedimiento penal colombiano; por lo que se considera más que prudente usar como base de esta tarea nuestra jurisprudencia.

Lo primero en señalar, sería, reiterar lo que enunciado al inicio del presente acápite como fue al señalar, que este derecho no es absoluto, por lo que permite ser sujeto a intervención por parte de nuestro Estado, no obstante, nuestro ordenamiento jurídico, ha sido enfática, al decir, que si bien, este derecho de rango constitucional no puede ser lesionado sin tener como parámetros la proporcionalidad y razonabilidad; por lo anterior, podemos señalar referente a este punto, la honorable Corte Constitucional (2002), señalo:

“En cuanto a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas privadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados. Esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado, por ejemplo, que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece prima facie sobre el derecho a la intimidad” (pág. 58).

No podemos pasar por alto, que referente a la exclusión de esas pruebas violatorias al derecho de la intimidad la Corte Constitucional (2002), señalo que “la exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución, y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento ni contaminan todo el acervo probatorio, así ésta haya sido elemento integral de la noticia

criminis, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de ésta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado” (pág. 65); lo que permite que exista una independencia una de la otra; lo anterior es permitido, siempre y cuando se haga un ejercicio mental en el que permita, la supresión de una prueba, la permanencia de las demás, si es posible, podemos señalar que no existe una contaminación el uno de la otras.

Ahora bien, desde una perspectiva de un derecho justo, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado:

4.2.La vinculación de las prueba violatoria al derecho de la intimidad dentro de una visión de justicia

Al momento de abordar este punto, tenemos que tener como punto de partida, la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde una perspectiva del orden justo, tiene su consagración en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derecho Humanos, el cual reza:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

En antecedentes jurisprudenciales del tribunal europeo, en caso concreto se pronuncio respecto de la admisibilidad o no en un proceso penal de una grabación que registro una conversación dentro de una esfera privada vía telefónica; sin embargo, esta no contaba con la respectiva autorización judicial, presupuesto necesario teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico del Estado democrático. Dentro de un fallo en particular, Giner Alegría (2008) señalo las siguientes anotaciones:

El Tribunal desestimó las alegaciones del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio. EL Tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.

(...)

De lo expuesto, lo verdaderamente relevante de la sentencia es destacar que el Tribunal Europeo de los derechos Humanos no descarta que en algunos casos la forma de obtención de las pruebas incriminatorias puede tener incidencia directa a un proceso justo implicando una vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6 (pág. 584).

4.3. Los límites a los derechos humanos y la ponderación como mecanismo de interpretación

Se indica por parte Juárez (2012) que “Esa técnica —de ponderación o balancing test— se extiende tácita o expresamente a muchas de las soluciones que en cada ámbito jurisdiccional se debe aplicar a casos complejos o difíciles. Si la prohibición de autoincriminación forzada estuviera asociada a actos inhumanos, crueles o de tortura, la postura tradicional había considerado inderogable su vigencia y la de los medios para prevenirla y sancionarla” (pág.304): Lo pertinente en esta oportunidad, sería remitirnos ya a la relación de la prueba obtenida adquirida ingresando irregularmente a la esfera privada

4.4. La exclusión y la prueba obtenida en la esfera privada violando ilegítimamente la intimidad

A lo largo del presente texto, se han señalado múltiples derechos y garantías de rango constitucional, que permite que muchos problemas o situaciones en nuestra justicia sean resultado, sin embargo, podemos señalar uno de mayor connotación como lo es “*el debido proceso*”, este que señala que todo las acciones administrativas como judiciales deben ceñirse a los señalados por la ley, al mismo tiempo, si estas acciones están dirigidas al invasión de la esfera privada, debe ser la invasión y la lesión a este de la manera más proporcional y razonable posible; ahora bien, resulta pertinente señalar lo siguiente, si bien, existen unos procedimientos legales que deben seguirse, a juicio del autor, este considera que estos no deben ser exactamente ceñidos, toda vez, que estos existen en pro de que se mantenga un armónico respeto al derecho de la intimidad, porque lo que de verdad señala

que si existe o no una agresión injustificada, resulta posible evidenciar, al momento que se analiza la proporcionalidad y razonabilidad de la invasión al espacio privado; ahora bien, nuestra honorable Corte Suprema de Justicia (2018) señaló respecto al debido proceso y sus formalidades:

se configura o se limita exclusivamente a los casos en que se allegan pruebas al respectivo proceso con desconocimiento de los procedimientos establecidos para la aportación, el decreto, práctica y contradicción de las mismas y hace referencia a las prueba obtenida con violación al debido proceso, es decir, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe al derecho de contradicción de la parte contra la que se opone (pág.6). (subrayado fuera de texto)

El termino “formalidades legales” esenciales es aquel que nos permite señalar lo antes mencionado, que no basta que no se cumpla las formalidades que nuestro ordenamiento legal impone, lo que en realidad, se requiere examinar es la proporcionalidad y la razonabilidad con lo que de verdad se lesiona eventualmente el bien jurídico.

4.4.1. El deber de la causal de exclusión frente al derecho a la intimidad

Una vez el derecho de la intimidad persona resulta lesionado de manera irracional o desproporcional por la invasión de esa esfera privada por terceros que llegan buscando pruebas, la exclusión de estas son prácticamente automáticas, puesto aplicando esta exclusión podemos hablar en una eventualidad de restablecimiento del derecho lesionado por parte de la víctima; así mismo, (Rojas Gomez, 2018) añade, “además, que con la mera exclusión del mérito probatorio de dicho material se desestimula suficientemente el recurso a tales prácticas invasivas. Como se verá, ambas ideas padecen de inocultable inexactitud” así mismo, permite señalar las siguientes observaciones

- (i) Una vez lesionado el derecho a la intimidad personal, por más racional y proporcional que sea, lo cierto es que la lesión son irreversibles, y si bien, puede existir una decisión confortable al excluir ese tipo de prueba, no significa que la ofensa desaparecerá, que el conocimiento adquirido por parte del invasor desaparezca y/o la olvide, por la consecuencia de la exclusión del elemento material

probatorio, el hecho de que los aspectos íntimos violados son lesionados, y estos deben ser protegidos y resguardados celosamente.

- (ii) Debe entenderse que si bien, los elementos excluidos con ocasión a la intromisión del agente que violo los parámetros de la esfera privada, es la consecuencia mínima que enfrentar los elementos adquiridos, toda vez, que debe tenerse claro, que es menester resguardar este tipo de garantías constitucionales, y lo mínimo que es permitido por parte del Estado, no es aceptar este tipo de evidencia obtenida, sin embargo, no se puede estar desacuerdo que se excluirá toda prueba, este debe pasar por un examen constitucional que permita señalar que esta prueba pueda hacer parte dentro del proceso.

4.4.2. La exclusión probatoria como mecanismo de protección de la intimidad humana

Ahora bien, entrando al supuesto que al que se le fue lesionado el bien jurídico de la intimidad, no conoce la existencia de esta invasión a su espacio personal, por lo que (Rojas Gomez, 2018) señala “bajo el supuesto de que aquella goza de idoneidad para asegurar la integridad del derecho a la intimidad, no luce acertado predicar la exclusión probatoria en forma indiscriminada sin consideración a la voluntad de la víctima de la intrusión” (pág. 232); así las cosas, una vez de determinar si la exclusión probatoria procede, señala el autor, que se debe tener en cuenta la voluntad de la víctima, sin embargo, no podemos estar desacuerdo con la anterior premisa del todo, existe un consenso para el reconocimiento de la lesión poner en conocimiento a la víctima, sin embargo, considerar que su voluntad frente a la aceptación de esa intromisión posterior, no puede caber en nuestro modelo de Estado, atendiendo, que si bien este derecho no es absoluto, al permitir este tipo de condiciones podemos que es un derecho renunciable, ya con posterioridad, una situación que no podemos estar de acuerdo.

En el mismo orden de ideas, Rojas Gómez (2018), no deja por alto la anterior situación, este referente al derecho de renunciar de su derecho a la intimidad perturbado señala:

“Si el carácter reservado de los aspectos que conciernen a una persona depende también de su voluntad, y por ello la penetración de un sujeto en la intimidad de otro es irreprochable en tanto no sea rechazado por el titular, no se advierte razón para tachar el material probatorio conseguido en virtud de dicha

penetración o el uso que de él se haga, mientras el afectado no formule el respectivo cuestionamiento encontrándose en condiciones propicias para hacerlo. En cuanto el individuo puede decidir libremente cuáles aspectos de su persona preserva del conocimiento ajeno y en qué medida lo prefiere, también a él ha de corresponder la decisión de protestar por la intromisión indebida en su intimidad o por la obtención de material probatorio con menoscabo de ésta, o por el uso de dicho material” (pág.232.)

Como señalamos, no podemos estar de acuerdo, si bien el derecho a la intimidad humana no es absoluto, no significa que este sea renunciable, lo anterior con fundamento es que no podemos compartir que la persona que se le perturbo su derecho a la intimidad, sea quien decida que esta prueba puede permanecer en el proceso; lo anterior de la mano con Rojas Gómez (Rojas Gomez, 2018) al señalar: “ la exclusión probatoria respecto de las pruebas obtenidas por medio de ilegítimas incursiones en la intimidad sólo encuentra justificación en cuanto beneficie al afectado, o por lo menos en cuanto no genere consecuencias adversas a sus intereses”(pág.233); por lo que si la protección al derecho de la intimidad personal es una garantía constitucional, y su protección por lo general se ve en la aplicación de la cláusula de exclusión, esto permite señalar, que como tal, no puede tratarse de resolver estos inconvenientes de una manera deliberada, debe existir un espacio en el que permita inferir, que si bien la prueba puede ser tachada de ilícita o ilegal, el estudio de la exclusión de esta, debe ser en otro escenario.

4.4.3. El alcance de la exclusión en relación con las pruebas obtenidas en la intromisión de la esfera privada

La sanción constitucional que se ve establecida en nuestro artículo 29 de nuestra carta magna, que consagra la regla de exclusión, si bien es señalada de manera muy general, en un par de líneas, lo bien es cierto, que acá señala dos situaciones, la primera (i) la prueba violatoria al debido proceso, y la segunda (ii) la prueba sobrevinientes de esa misma prueba violatoria debe ser excluida; esta garantía permite no solo que no exista una justicia a todo costo, si no, que el Estado debe ser garante referente a todo este tipo de procedimiento que recauda los elementos materiales probatorios.

4.4.3.1.La irrupción de la esfera privada y la exclusión de las pruebas halladas en este

La expulsión probatoria de todas aquellas pruebas recaudadas por el agente que de manera ilegítima se incursiono a la esfera privada de una persona, es una consecuencia

obvia dentro de nuestro modelo de Estado, sin embargo, aceptar esa premisa sin ningún tipo de cuestionamiento sería un error, puesto que existen pruebas, las cuales no deben ser objeto de exclusión si se emplean de manera legítima; sin embargo, lo anterior implica que los debates sobre la prueba ilegítima o ilícita, obtiene de característica de la prueba, pero la implicación de esta dentro del proceso puede ser usada de manera correcta, con lo fines y principios que rigen nuestro proceso.

4.5.Efectos de la exclusión probatoria por la vulneración a la esfera privada

Nuestro artículo 29 es claro y expresa, que “será nula de pleno derecho”, sin embargo, por muy a pesar de esa expresión, el doctor (Rojas Gomez, 2018) realiza una aclaración mas profunda respecto a esta consecuencia, explicando “cuando existe una exclusión de la prueba, esta prueba recibe cuatro características, que son (i) inexistente; (ii) nula de pleno derecho; (iii) inutilizable; y (iv) inoponible; procediendo a explicar cada uno de estas.

Tabla No. 13 Efectos de la exclusión de la probatoria

| Efecto | Concepto (Rojas Gomez, 2018) |
|---------------------------------|---|
| La inexistencia de la prueba | “La tesis de la inexistencia encara un cuestionamiento adicional, talvez más fuerte, a propósito del material probatorio preexistente a la invasión de la intimidad que resulta descubierto gracias a ésta. La idea de que el hallazgo ilegítimo de pruebas legítimas pueda destruir su poder demostrativo y aniquilar su existencia es insostenible. Plantear, por ejemplo, que el material probatorio encontrado gracias a la irrupción ilegítima en el domicilio de una persona deja de existir por la ilegitimidad de su hallazgo, parece un disparate, pues mientras la integridad de aquél no resulte alterado no tiene por qué afectarse su ser” (pág. 243). |
| La prueba nula de pleno derecho | “Pues bien, a partir del concepto de nulidad de pleno derecho se descarta en forma absoluta la producción de efectos, y por consiguiente la prueba afectada no podría ser invocada siquiera en provecho del individuo cuya intimidad ha sido ofendida, consecuencia que contrasta con la idea de que la exclusión probatoria redunde en beneficio de la protección del derecho fundamental quebrantado” (pág.244). |

La
inutilizabilidad
de la prueba

Es preciso reconocer que el concepto de inutilizabilidad procesal por sí mismo descarta el empleo del material probatorio en el seno del proceso sin importar las circunstancias específicas en las que sea invocado, ni el sujeto que lo esgrima, ni contra el cual se aduzca. En esa medida el concepto de inutilizabilidad exhibe un carácter absoluto que lo expone a cuestionamientos similares a los de la inexistencia y la nulidad, pues impide cualquier empleo del material probatorio alcanzado gracias a la penetración ilegítima en la intimidad de la persona, aun cuando pudiera redundar en beneficio de la víctima de la intrusión (pág. 249)

La
inoponibilidad

El concepto de oponibilidad insinúa que algunos actos o elementos jurídicos no se pueden hacer valer indiscriminadamente contra cualquier individuo, esto es, que sólo pueden ser invocados en perjuicio de ciertas personas, o por lo menos, que contra ciertos sujetos no pueden ser aducidos. Implica que elementos plenamente válidos pueden invocarse exitosamente en contra de algunos sujetos, pero no en perjuicio de otros, aunque su validez no sea cuestionada (pág.251).

Fuente tomada de (Rojas Gomez, 2018, págs. 243 - 251).

4.6.Posibles defectos facticos positivo y negativos al no tener en cuenta este tipo de situaciones

Reiteramos que el derecho a la intimidad personal es una garantía constitucional que constituye la dignidad humana, este entendida como una esfera privada que le permite al ser humano desarrollarse y actuar como este considere conveniente; sin embargo, este no es un derecho de carácter absoluto, este puede ser sujeto a intromisión por parte de los agentes del Estado, siempre y cuando esta intromisión se identifique por que sea proporcional y razonable; por lo anterior, para que esto se cumpla, nuestro Estado instruye unas instrucciones en la ley que permite que estas sean materializadas en cualquier actividad y función del Estado.

Así las cosas, cuando se evidencia que estas instrucciones no fueron seguidas en el estricto cumplimiento de la ley, se puede evidenciar que estaríamos en presencia de una prueba ilegal o ilícita, pero lo cierto, es que este un mero calificativo, toda vez, que a lo largo del trabajo notamos de pruebas que si bien puede tener dicho calificativo, no son llamadas a ser excluidas de plano; por lo anterior, podemos traer a alusión las siguientes observaciones:

- (i) El statu de prueba ilegal o ilícita debe ser reconocida por un juez competente, dentro de un debate adversarial donde las partes señalen sus posiciones con los argumentos que pretenden convencer al juez, y sea el juez competente quien como en cualquier providencia judicial, justifique la permanecía de la prueba dentro del proceso.
- (ii) Una vez adquirida el statu de prueba ilegal o ilícita, es permitido entrar a la discusión si es procedente la exclusión del proceso, y hacer el respectivo juicio de proporcionalidad que permite concluir si la prueba es merecedora de esa sanción constitucional señalada en el inciso final de nuestra constitución política.

Somos de la tesis que la justicia penal no puede ser a todo costo, debe triunfar los principios y las garantías que permita al implicado dentro del proceso defender de manera

correcta, y no afrontar arbitrariedades por parte del órgano acusador, sin embargo, también compartimos la verdad como un derecho propio de nuestro proceso con tendencias acusatorias, y el deber de este a lo largo del proceso, por lo que permite inferir que siempre existirá la colisión de dos principios que deberán ser ponderados por el juez competente, al momento de decidir, que si es posible la exclusión de la prueba, entiéndase esta sanción constitucional como ultima ratio.

Toda vez que al no tener en cuenta este tipo de situaciones puede ocasionar un defecto fáctico ya sea en dimensión negativa o positiva, toda vez que como a señalado nuestra honorable Corte Constitucional (2011)

La Corte ha identificado, así, dos dimensiones del defecto fáctico: una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudados (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.

Ante tal situación permite que generen tutelas contra providencia judicial, que ocasiona inseguridad jurídica, una eventualidad que no permite que el justicia en un Estado Social de Derecho se materialice de manera correcta y prevalezcan de esta manera los principios y valores de nuestra constitución.

Bibliografía

- Abellan, m. G. (1999). Los hechos en el derecho. Madrid: ediciones jurídicas y sociales.
- Anselmino, v. (2012). Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal. Anales no. 42, 106 - 119.
- Arango, l. R. (2012). El verdadero concepto de servidor público. Memorando de derecho, 171 - 180.
- Aroca, j. M. (1997). Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: tirant lo blanch alternativa.
- Avella, a. C. (2006). El trabajo infantil y juvenil en colombia y algunas de sus consecuencias claves. Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud. , 1-28.
- Ballesteros, a. M. (1999). Sistema de teoría fundamental del derecho. Valencia: tirant lo blanch.
- Barja de quiroja, j. (2001). Instituciones de derecho procesal penal. Mendoza: ediciones jurídicas cuyo.
- Borda, l. V. (2007). El estado de derecho y el estado social de derecho. Derecho del estado, 73 - 96 .
- Cantor, r. Y. (2008). Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistemainteramericano de derechos humanos. Bogota d.c.: temis.
- Cañón ramírez, p. A. (2009). Practica de la prueba judicial .
- Costa torné, c. (2012). La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones. Revista de derecho uned, 137 - 161.
- Daza gonzales, a. (2016). Reglas de produccion de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal. Bogota d.c.: lemoine editores.
- Deu, t. A. (2018). Lecciones de derecho procesal penal. Madrid. España: marcial pons, ediciones jurídicas y sociales.
- Díaz cabiale, j., & martín morales, r. (s.f.). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.
- Echandía, h. D. (1987). Teoría general de la prueba judicial. Bogota d.c. : biblioteca jurídica diké.

- Echeverry enciso, y. (2019). Legalidad de la prueba y la exclusión. Precedente, 81 - 111.
- Estrampes, m. M. (2003). La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación. Revista jueces para la democracia, 53 - 66.
- Estrampes, m. M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Catalana de seguretat publica, 131 -151.
- Ferrajoli, l. (2005). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: ed. Trotta.
- Ferrajoli, l. (2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales, 113 - 136.
- Figueroa, g. G. (2003). Manual de derecho del trabajo. Bogota d.c.: leyer.
- Galeano porras, e. A. (2013). Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Especialización en procedimiento penal constitucional y justicia militar.
- Gascón abellán, m. (s.f.). ¿libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. Universidad de castilla-la mancha.
- Giner alegría, c. (2008). Prueba prohibida y prueba ilícita. Anales de derecho, 579 - 590.
- Gonzales rodriguez, l. D., & arias galvis, f. (2015). Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal penal con tendencia acusatoria ley 906 de 2004. Especialización en derecho procesal penal y criminalística.
- González ferreyra solá, j. I. (2013). Las prohibiciones probatorias como límites al descubrimiento de la verdad en el proceso penal. Salta , argentina: la universidad de castilla-la mancha (toledo).
- Gonzalez, a. D. (2009). Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. Revista derecho penal n°:27, 123 - 144.
- Góssel, k.-h. (2002). En búsqueda de la verdad y la justicia . Mexico: porrúa.
- Horvitz lennon, m., & lópez masle, j. (2002). Derecho procesal penal chileno, vol. 2. Santiago - chile: juridica de chile.
- a
- Contstitución. (1991). Constitución política. Constitución política.

- Juárez, m. G. (2012). La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 285 - 314.
- Kant, i. (1797). Metafísica de las costumbres.
- Kant, i. (2007). Fundamentación de la metafísica de las costumbres,. San Juan, Puerto Rico: edición de Pedro M. Rosario Barbosa. .
- Ley 906. (2004). Código de procedimiento penal.
- Lizcano Bejarano, J. (2015). La cláusula de exclusión. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- López, C. R. (2015). El fruto del árbol envenenado: la constituyente como excusa para matar al estado democrático. Venezuela: Palibrio.
- Maier, J. (1989). Derecho procesal penal argentino. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Maier, J. (2011). Derecho procesal penal, III: parte general, actos procesales. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Margarita Guillén, M. C. (2014). Adn forense: problemas éticos y jurídicos. Barcelona : Edicions Universitat Barcelona.
- Marín, A. S. (2014). Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales. Revista de filosofía eikadia.org, 229 - 237.
- Medina Rico, R. H. (2017). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal . Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Midon, M. S. (2005). Pruebas ilícitas. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Miranda Estrampes, M. (1999). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Bosch.
- Miranda Estrampes, M. (1999). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Editorial Bosch.
- Nazzari Morgues, R. B. (2017). Prueba ilícita en materia penal: análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema periodo 2014-2016. Santiago, Chile.
- Parra Quijano, J. (2014). Manual de derecho probatorio. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pellegrini Grinover, A. (1997). “pruebas ilícitas”, en: derecho penal. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Perez. (1995). Derechos humanos, estado de derecho y constitución.
- Plata, o. J. (2007). Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: ediciones nueva jurídica.
- Quijano, j. P. (1986). Manual de derecho probatorio. Bogota d.c. : ediciones librería del profesional.
- Quinche ramírez, m. (2009). Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Bogota d.c.: universidad del rosario.
- Ramírez, m. F. (2007). Vias de hecho acción de tutela contra providencia. Bogotá, colombia: universidad del rosario.
- Ramírez-mendoza, j. (2015). Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal. Bogota d.c.: universidad del rosario.
- Robert, a. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: centro de estudios constitucionales.
- Robles, a. H. (2003). Aspectos generales del derecho administrativo colombiano. Barranquilla: universidad del norte.
- Rodriguez rivera, m. (2012). Derecho constitucional de la prueba. Cucuta: universidad libre.
- Rojas gomez, e. (2018). Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupcion en la intimidad. Bogota: externado.
- Roxin, c. (2000). Derecho procesal penal. Buenos aires: editores del puerto.
- Ruiz jaramillo, l. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Universidad de antioquia, 182 - 206.
- Serra dominguez, m. (1991). Comentarios al código civil y compilaciones forales. Madrid: revista de derecho privado.
- Serra, a. T. (1984). Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales. Madrid: tecno.
- Sierra, l. F. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Bogota d.c.: fiscalia general de la nación.
- Swinarski, c. (1991). Incipales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona. San jose: instituto interamericano de derechos humanos.

- Urbano martínez, j. (2005). Prueba ilícita y regla de exclusión reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Bogota d.c.: consejo superior de la judicatura.
- Usaid. (2005). Modulo iv para defensores públicos - la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogota d.c.: defensoria del pueblo.
- Vasquez, r. M. (2004). Sistema acusatorio y prueba . Bogota d.c. : nueva juridica.
- Velez, s. E. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la corte constitucional. Revista facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 41, 41 - 76.
- Villamizar, r. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en colombia. Revista academia & derecho,, 83 - 110.
- Zapata, m. (2004). La prueba ilicita. Santiago de chile: lexis nexis.

Jurisprudencia Nacional

- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-420 de 1992 (m.p. Simon rodriguez rodriguez. 17 de junio de 1992).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-414 de 1992 (m.p. Ciro angarita barón 16 de junio de 1992).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-406 de 1992 (m. P. Ciro angarita baron. 5 de junio de 1992).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-419 de 1992 (m.p. Simon rodriguez rodriguez. 17 de junio de 1992).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-418 de 1992 (m.p. Simon rodriguez rodriguez. 19 de junio de 1992).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-179 de 1994 (m.p. Carlos gaviria diaz 13 de abril de 1994).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia no. T-362 de 1995 (m. P. Eduardo cifuentes muñoz 10 de agosto de 1995).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-489 de 1995 (m.p. Eduardo cifuentes muñoz 2 de noviembre de 1995).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia su-056 de 1995 (m. P. Antonio barrera carbonell 16 de febrero de 1995).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-372 de 1997 (m.p. Jorge arango mejía 13 de agosto de 1997).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-552 de 1997 (m.p. Vladimiro naranjo mesa 30 de octubre de 1997).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-665 de 1998 (m. P. Hernando herrera vergara 12 de noviembre de 1998).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-517 de 1998 (m.p. Alejandro martinez caballero 21 de septiembre de 1998).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-517 de 1999 (m. P. Vladimiro naranjo mesa 22 de junio de 1999).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c - 211 de 2000 (m. P. Carlos gaviria diaz 1 de marzo de 2000).

- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-325 de 2000 (m. P. Vladimiro naranjo mesa 22 de marzo de 2000).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-1185 de 2000 (m. P. Vladimiro naranjo mesa 13 de septiembre de 2000).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-1490 de 2000 (m.p. Fabio moron diaz 2 de noviembre de 2000).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-578 de 2002 (m.p. Manuel José Cepeda Espinosa. 30 de julio de 2002).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia su159 de 2002 (m.p. Manuel José Cepeda Espinosa 6 de marzo de 2002).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-1024 de 2002 (m.p. Alfredo Beltrán Sierra 26 de noviembre de 2002).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-881 de 2002 (m.p. Eduardo Montealegre Lynett. 17 de octubre de 2002).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-395 de 2003 (m.p. Marco Gerardo Monroy Cabra 15 de mayo de 2003).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-227 de 2003 (m. P. Eduardo Montealegre Lynett. 17 de marzo de 2003).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-787 de 2004 (m.p. Rodrigo Escobar Gil 18 de agosto de 2004).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-220 de 2004 (m.p. Eduardo Montealegre Lynett. 8 de marzo de 2004).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-591 de 2005 (m.p. Clara Inés Vargas Hernández 9 de julio de 2005).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-1153 de 2005 (m.p. Marco Gerardo Monroy Cabra 11 de noviembre de 2005).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c - 454 de 2006 (m. P. Jaime Córdoba Triviño 7 de junio de 2006).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-335 de 2006 (m.p. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. 10 de mayo de 2006).

- Colombia. Corte constitucional, providencia auto 227 de 07 (m.p. Marco gerardo monroy cabra 29 de agosto de 2007).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-210 de 2007 (m. P. Marco gerardo monroy cabra 21 de marzo de 2007).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-310 de 2007 (m. P. Nilson pinilla pinilla 3 de mayo de 2007).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-210 de 2007 (m. P. Marco gerardo monroy cabra 21 de marzo de 2007).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-336 de 2007 (m. P. Jaime cordoba triviño 9 de mayo de 2007).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-916 de 2008 (m. P. Clara ines vargas hernandez 18 de septiembre de 2008).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-131 de 2009 (m.p. Nilson pinilla pinilla 24 de febrero de 2009).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-131 de 2009 (m.p. Nilson pinilla pinilla 24 de febrero de 2009).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-640 de 2010 (m.p. Mauricio gonzalez cuervo 18 de agosto de 2010).
- Colombia. Corte constitucional, sentecia t- 457 de 2011 (m.p. Luis ernesto vargas silva 27 de mayo de 2011).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-171 de 2012 (m. P. Luis ernesto vargas silva 7 de marzo de 2012).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-868 de 2013 (m.p. Jorge ignacio pretelt chaljub 27 de noviembre de 2013).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-546 de 2013 (m. P. Jorge ignacio pretelt chaljub 21 de agosto de 2013).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-850 de 2013 (m.p. Mauricio gonzalez cuervo 27 de noviembre de 2013).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-593 de 2014 (m. P. Jorge ignacio pretelt chaljub 20 de agosto de 2014).

- Colombia. Corte constitucional, sentencia c-871 de 2014 (m. P. María victoria calle correa 13 de noviembre de 2014).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-185 de 2016 (m. P. Gloria stella ortiz delgado 15 de abril de 2016).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-095 de 2016 (m.p. Alejandro linares cantillo. 25 de febrero de 2016).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia su-355 de 2017 (m. P. Iván humberto escrucería mayolo 25 de mayo de 2017).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-021 de 2018 (m. P. José fernando reyes cuartas 5 de febrero de 2018).
- Colombia. Corte constitucional, sentencia t-164 de 2018 (m. P. Cristina pardo schlesinger 3 de mayo de 2018).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia no. 23347 (m. P. Yesid ramirez bastidas 2 de marzo de 2005).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencias no. 18103 de 2005 (m. P. M.p. Édgar lombana trujillo. 2 de marzo de 2005).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentecia no. 29416 de 2008 (m. P. Yesid ramírez bastidas 23 de abril de 2008).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia no. 32193 (m.p. Yesid ramirez bastidas 21 de octubre de 2009).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala civil, sentencia no. Sc211-2017 (m. P. Luis armando tolosa villabona 20 de enero de 2017).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, setencia no. 21529 de 2006 (m. P. Javier zapata ortiz 7 de septiembre de 2006).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, setencia no. 31127 de 2009 (m. P. Julio enrique socha salamanca 20 de mayo de 2009).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia no. 36562 de 2012 (m. P. José leonidas bustos martínez 13 de junio de 2012).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia no.37.943 (m. P. Sigifredo espinosa perez 15 de febrero de 2012).

- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia sp12158-2016 - 45619 (m.p. Luis antonio hernández barbosa 31 de agosto de 2016).
- Colombia. Corte suprema de justicia. Sala penal, sentencia radicación 49474 (m. P. Luis antonio hernández barbosa 7 de junio de 2017).
- Colombia. Corte suprema de justicial. Sala penal, sentencia stc13864-2018 (m.p. Octavio augusto tejeiro duque 24 de octubre de 2018).

Jurisprudencia Extranjera y/o Internacional

- Alemania. Tribunal federal de justicia en materia penal, sentencia 14, 358, 365.
- Alemania. Tribunal federal de justicia en materia penal, sentencia 14/06/60 (1960).
- Argentina. Csjn (fallo 325:3118).
- Argentina. Csjn - gordon, anibal, fallo 311:2045 (3 de octubre de 1988).
- Argentina. Csjn - montenegro, luciano bernardio, fallo 303:1938 (27 de diciembre de 1981).
- Argentina. Csjn - ruiz, roque (fallo 301:1847 1987).
- Argentina. Csjn -rayford, reginald, fallo 308:733 (13 de mayo de 1986).
- Australia. R. Vs. Dugan, noswlr 554 (1984).
- Canada. R. Vs. Collins (canada. 1987).
- Canada. Rothman vs. R. (canada. 1981).
- Costa rica. Corte suprema de justicia. Sala constitucional, fallo 0319-90 (1990).
- Ecuador. Corte constitucional, sentencia n.o 0001-09-scn-cc caso n.o 0002-0s-cn (juez sustanciador: doctor roberto bhrunis lemarie 14 de mayo de 2009).
- Ee.uu. Mapp vs. Ohio (supreme court ee.uu. 1961).
- Ee.uu. Olmstead vs. United states (supreme court ee. Uu. 1928).
- Ee.uu. United states vs. Janis (supreme court e.e.u.u. 1976).
- España. Tribunal constitucional (stc 81/1998 2 de abril de 1998).
- España. Tribunal constitucional (stc 114/1984 noviembre de 1984).
- España. Tribunal constitucional, sentencia 114/1984 (29 de noviembre de 1984).
- España. Tribunal constitucional (85 1994).
- España. Tribunal constitucional, stc 86/1995 (tribunas suprema 1995).
- España. Tribunal constitucional, sentencia 81 de 1998 (2 de abril de 1998).
- España. Tribunal constitucional (stc 69/2001 17 de marzo de 2001).
- Inglaterra. R. Vs. Alladice (inglaterra. Court of appeal 1988).
- Internacional. Caso escher y otros vs. Brasil, 12.353 (corte interamericana derecho humanos 19 de junio de 2012).
- Italia. Tribunal consitucional., sentencia no. 34. (6 de abril de 1973).

