

**CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE EVIDENCIA ILÍCITA EN EL PROCESO
PENAL COLOMBIANO**

RONALD JESÚS SANABRIA VILLAMIZAR

**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2018**

**CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE EVIDENCIA ILÍCITA EN EL PROCESO
PENAL COLOMBIANO**

RONALD JESÚS SANABRIA VILLAMIZAR

DR. JOSÉ MARÍA PELAÉZ MEJÍA
Director

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2018

PRESENTACIÓN

La monografía “**CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD PROBATORIA DE EVIDENCIA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**” se presenta el día de hoy 5 de marzo de 2018 en el Instituto de Posgrados y la Dirección de Maestría en Derecho Penal con el objeto de optar al título de Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia seccional Bogotá; el autor de la monografía es el doctor **RONALD JESÚS SANABRIA VILLAMIZAR**

Dr. **RONAL JESÚS SANABRIA VILLAMIZAR**

Correo electrónico: ronaldsanabria1@gmail.com

Teléfono 3155350078

Nota de aceptación

Firma del presidente jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Ciudad y fecha de sustentación,

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO	15
I.1 Título	15
I.2 Planteamiento del problema	15
I.3 Formulación del problema	18
I.4 Sistematización del problema	18
I.5 Justificación.....	19
I.6 Objetivos	19
I.6.1 Objetivo general.....	19
I.6.2 Objetivos específicos	19
MARCO DE REFERENCIA	21
I.7 Marco histórico	21
I.7.1 Prolegómenos a la génesis de la <i>exclusionary rule</i>	21
I.7.2 Nacimiento de la regla de exclusión de la prueba.....	25
I.7.3 Expansión territorial de la regla de exclusión: aplicación de <i>Weeks</i> en los Estados Federados	27
I.7.4 Expansión sustancial de la regla de exclusión: la Quinta y Sexta Enmienda como fundamentos de exclusión.....	37

I.7.5	Nacimiento de la fruit of the poisonous tree doctrine.....	38
I.7.6	Desconstitucionalización de la <i>exclusionary rule</i> : análisis del caso <i>United States v. Calandra</i> (1974).....	40
I.7.7	Expansión de la regla de exclusión: más allá de las fronteras de Estados Unidos ...	42
I.7.7.1	Italia	43
I.7.7.2	Francia.....	44
I.7.7.3	España.....	44
I.7.7.4	Argentina.....	50
I.7.7.5	Estados Unidos Mexicanos	58
I.7.8	Regla de exclusión en Colombia: genealogía del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y de los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004	72
I.8	Marco teórico-conceptual.....	85
I.8.1	Diagnóstico preliminar.....	85
I.8.2	Metodología para una propuesta de conceptualización	85
I.8.3	Significado de la regla de exclusión: análisis de la consecuencia procesal	85
I.8.3.1	El problema de la sinonimia al referirse a la consecuencia jurídica	85
I.8.3.2	Facetas de la regla de exclusión: i) prohibición de valoración; ii) prohibición de admisión y iii) prohibición de utilización	85
I.8.3.3	Objeto material de la regla de exclusión probatoria	85
I.8.4	Causas de la regla de exclusión: presupuestos configurativos.....	85
I.8.4.1	Primer presupuesto: acto ilícito	85
I.8.4.2	Segundo presupuesto: elemento normativo para constituir la ilicitud	85

I.8.4.2.1	Análisis de la teoría de las prohibiciones probatorias	85
I.8.4.2.2	Prohibiciones probatorias en el Derecho colombiano	85
I.8.4.2.3	Procedencia de la regla de exclusión, ¿infracción de normas constitucionales o normas legales?.....	85
I.8.4.2.4	El mito de la prueba inconstitucional y la prueba ilícita en la Corte Constitucional colombiana	85
I.8.4.2.5	El mito de la prueba ilícita y la prueba ilegal en la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal	85
I.8.4.2.6	Normas constitucionales como presupuesto de la regla de exclusión	85
I.8.4.2.7	A título de conclusión: características del juicio de tipicidad objetiva en materia de exclusión de pruebas	85
I.8.4.3	Tercero presupuesto: relación de causalidad	85
I.8.4.4	Cuarto presupuesto: imputación jurídica	85
I.8.5	Prueba ilícita y regla de exclusión	85
I.8.6	Aspectos procesales de la aplicación de la regla de exclusión en Colombia.....	85
I.8.6.1	Momento procesal y juez competente para su aplicación.....	85
I.8.6.2	Impugnación del auto que decide la aplicación de la regla de exclusión	85
I.8.6.3	Regla de exclusión y validez del proceso	85
I.9	Marco de antecedentes	85
I.9.1	Universidad Externado de Colombia	85
I.9.1.1	Doctorado en Derecho	85
I.9.1.2	Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas	87

I.9.2	Universidad Libre Bogotá.....	93
I.9.2.1	Maestría en Derecho Penal	93
I.9.3	Universidad Militar Nueva Granada.....	96
I.9.3.1	Maestría en Derecho Procesal.....	96
I.9.4	Universidad de Medellín y Universidad Libre seccional Pereira	97
I.9.4.1	Maestría en Derecho Procesal.....	97
I.10	Marco jurídico.....	99
I.10.1	Tratados y convenciones internacionales.....	100
I.10.2	Constitución colombiana	101
I.10.3	Leyes	102
I.10.4	Actos administrativos.....	104
I.10.5	Jurisprudencia y precedente judicial	104
I.10.5.1	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal	104
I.10.5.2	Corte Constitucional	111
	DISEÑO METODOLÓGICO.....	123
I.11	Tipo y método de investigación.....	123
I.12	Fuentes de información	124
I.13	Población y muestra.....	124
I.14	Técnicas e instrumentos para la recolección de información	125
I.15	Técnicas de análisis de información	125

I.18.2.7	Titularidad del derecho infringido: legitimación (standing).....	179
I.18.2.8	Hallazgo casual	183
I.18.2.9	Conexión de antijuridicidad.....	187
I.18.2.10	Confesión voluntaria del imputado	193
I.18.2.11	Evidencia ilícita aportada por particular	194
I.18.2.12	Evidencia ilícita a favor del procesado	195
I.18.3	Juicio de constitucionalidad: análisis de la aplicabilidad de los insumos foráneos en el Derecho colombiano.....	196
I.18.3.1	Buena fe (good faith)	196
I.18.3.2	Tacha (impeachment).....	200
I.18.3.3	Error inocuo	202
I.18.3.4	Legitimación	203
I.18.3.5	Conexión de antijuridicidad.....	205
I.18.3.6	Confesión voluntaria del imputado.....	206
I.18.3.7	Hallazgo casual	208
I.18.3.8	Evidencia ilícita aportada por particular	210
I.18.3.9	Evidencia a favor del proceso	211
	PROPUESTA	214
	CONCLUSIONES.....	220
	BIBLIOGRAFÍA.....	228

INTRODUCCIÓN

“ha elegido un objeto de examen que permanece en la oscuridad y que pertenece a una materia escasamente investigada. Al propio tiempo, habrá de reconocer siempre este ignoto objeto lo más rápidamente posible y en la forma precisa alcanzable: la problemática conexas a la prohibición de la prueba existe en todo ordenamiento penal, aunque ha sido concebida en forma muy divergente. Y además, en realidad, no existe propiamente una dogmática que sea predominante y generalmente reconocida sobre la prohibición de la prueba.” (Gössel K. H., 2007)

La prohibición de utilización de conocimiento privado del juez hace que la prueba judicial sea el único insumo válido para la construcción de la premisa fáctica de la decisión, lo que la convierte en un tema de especial interés para el mundo del Derecho. Ante su innegable importancia, es imperioso construir un proceso judicial que sirva como escenario para la producción de conocimiento de calidad. Esta idea ha sido bautizada por la doctrina moderna como la función epistémica del proceso judicial, la cual se enmarca dentro del llamado paradigma racionalista-cognoscitivo del derecho probatorio (Taruffo, 2011).

Y, más allá de lo que se entienda por “verdad”, es indudable que de la calidad del conocimiento producido al interior del proceso sobre la *quaestio facti* dependerá en gran medida la justicia de la decisión judicial. De ahí la necesidad de establecer estándares de calidad a la producción de conocimiento que irradian a todas las fases del procedimiento probatorio, tarea que evidentemente desborda los límites del Derecho: disciplinas como la epistemología, la lógica y la matemática, son las llamadas a apoyar la construcción de estos criterios, sumado a disciplinas para determinados medios de prueba, como sería el caso de la psicología del testimonio para la declaración de terceros y partes. Según Taruffo (2010), la función epistémica debe entenderse como “un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de controversias” (p.155), de la cual se deriva una concepción del proceso judicial según la cual: “es posible determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia y que, incluso, es necesario que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad” (p. 155).

Bajo ese entendido, la decisión de no admitir la prueba, o luego de admitirla y practicarla no valorarla, debe ser calificada sin temor a hipérbole como una decisión extrema e indeseada, pues es una determinación contra-epistémica, además de lesionar el hoy llamado derecho a la prueba

(Ferrer Beltrán, 2007). De ahí que autores como Larry Laudan (2013), desde una perspectiva cognoscitiva, afirmen que “el único factor que debería determinar si una prueba es admisible o no es su relevancia para sustentar la hipótesis de que un delito tuvo lugar y que el acusado lo cometió” (p.54). Por lo tanto, este tipo de decisiones deben caracterizarse por su excepcionalidad, y por existir una justificación jurídica de tal importancia que torne razonable una decisión tan costosa en términos de verdad judicial.

Ahora bien, en la actualidad una de las razones que justifican no tener en cuenta una prueba pese a su pertinencia para un caso en concreto y su eficacia demostrativa es su formación (obtención y producción) contraria a derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, haciendo uso de la terminología dominante, su carácter ilícito. En Colombia este fenómeno se consagró con la promulgación de la Constitución Política de 1991, que en el artículo 29 inciso final dispuso la ya célebre expresión: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Trece años después un Código Procesal reguló por primera vez esta materia; la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal –de ahora en adelante CPP–, dispuso en su artículo 23 la llamada cláusula de exclusión: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

Empero, pese a la consagración normativa de rango constitucional y legal, ha sido la jurisprudencia la encargada de delimitar la aplicación de la llamada cláusula o regla de exclusión, sobre todo ante una regulación constitucional y legal tan escasa como la colombiana. También la doctrina ha jugado un papel importante en esta labor. Temas como la definición de lo que se entiende por garantías fundamentales, el significado y alcance del efecto de nulidad de pleno derecho, los criterios para determinar la obtención directa y derivada de la prueba, por mencionar tan sólo algunos, no gozan de regulación normativa expresa, por lo que ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de llenar estos vacíos. Sin embargo, aún existen aspectos sin aclarar. Uno de ellos es la determinación de las mal llamadas excepciones a la cláusula de exclusión.

Excluir una prueba, decisión a la que subyace una protección de las garantías procesales constitucionales fundamentales, implica la negación, o al menos la disminución, de otros principios de igual jerarquía normativa: el principio de búsqueda de la verdad, la eficacia de la

justicia y el derecho a la prueba. Es por esto que la doctrina moderna se ha preocupado por buscar un punto de equilibrio entre los principios en tensión, creando múltiples criterios que permitan una aplicación ponderada de la cláusula de exclusión. En Estados Unidos los límites a la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, en España la teoría de la conexión de la antijuridicidad, en Alemania la teoría de la ponderación, son algunos de los criterios que buscan impedir la aplicación ciega de la exclusión de la prueba.

Colombia, teniendo en cuenta esta tendencia, reguló en el artículo 455 del CPP criterios para la aplicación ponderada de la cláusula de exclusión. Es de resaltar que incluso antes de la vigencia de esta norma la Corte Constitucional ya había reconocido criterios de admisión de prueba ilícita, pero la mayoría a nivel de *obiter dicta*. Dispone el mencionado artículo: “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”. Pero ¿cuáles son “los demás criterios que establece la ley” para no aplicar la cláusula de exclusión contemplada por el artículo 29 de la Constitución? Teniendo en cuenta la relevancia en la actualidad del derecho comparado, sobre todo ante figuras de origen y desarrollo ajeno a la realidad jurídica local como la regla de exclusión de prueba, y la condición de norma de textura abierta del artículo mencionado, el presente trabajo pretender resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué criterios foráneos son válidos para la aplicación de la regla de exclusión de prueba establecida en el 29 de la Constitución Política de Colombia?

El plan de desarrollo para resolver el problema jurídico se dividirá en tres partes: i) en la primera se analizará las fuentes formales del derecho colombiano. La idea es analizar si de la regulación constitucional, legal, reglamentaria o jurisprudencial se extrae algún criterio distinto a los planteados en el artículo 455 del CPP; ii) en la segunda se estudiará el derecho comparado. La idea es identificar los criterios que a nivel internacional se han utilizado para la aplicación de la regla de exclusión. No se pretende un estudio exhaustivo, por las limitaciones de espacio, pero sí el señalamiento y conceptualización de los principales criterios foráneos, los cuales serán identificados con base en la literatura especializada sobre la materia; iii) la tercera consistirá en realizar un juicio de validez de los criterios foráneos; el objetivo se centra en analizar si estos criterios pueden ser aplicados en el ordenamiento jurídico colombiano.

Teniendo en cuenta la necesidad de contar con un basamento teórico-conceptual sólido para el desarrollo de los objetivos señalados, a título preliminar se abordarán temas como el concepto de regla de exclusión y prueba ilícita, un pequeño análisis de su evolución histórica, su tratamiento procesal al interior del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, la teleología de la regla de exclusión, entre otros.

IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO

I.1 Título

El juicio de admisibilidad probatoria de evidencia ilícita en el proceso penal colombiano

I.2 Planteamiento del problema

La prohibición de utilización de conocimiento privado del juez hace que la prueba judicial sea el único insumo válido para la construcción de la premisa fáctica de la decisión judicial, lo que la convierte en un tema de especial interés para el mundo del Derecho, y si se parte de la idea que la justicia de la decisión depende en gran medida de la verdad de los hechos discutidos dentro del proceso judicial, su valía aumenta considerablemente, pues existiría una relación intensa y directa entre justicia, verdad y prueba.

Ante su innegable importancia, es imperioso construir un proceso judicial que sirva como escenario para la producción de conocimiento de calidad. Esta idea ha sido bautizada por la doctrina moderna como la función epistémica del proceso judicial. Sin desconocer los límites inherentes al ser humano y los de naturaleza jurídica, la decisión judicial, que se construye por medio del proceso, necesita de la producción de conocimiento sobre los hechos en discusión.

Y, más allá de lo que se entienda por “verdad”, es indudable que de la calidad del conocimiento producido dependerá en gran medida la justicia de la decisión. De ahí la necesidad de establecer estándares de calidad a la producción de conocimiento dentro del proceso judicial que irradian a todas las fases del procedimiento probatorio, tarea que evidentemente desborda el campo del Derecho: disciplinas como la epistemología, la lógica y la matemática, son las llamadas en términos generales a fijar estos criterios, sumado a disciplinas para determinados medios de prueba, como sería el caso de la psicología del testimonio para la declaración de terceros y partes. Según Taruffo (2010), la función epistémica debe entenderse como “un conjunto de estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de controversias” (p.155), de la cual se deriva una concepción del proceso judicial según la cual: “es *posible* determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia y que, incluso, es *necesario* que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad” (p. 155).

Bajo ese entendido, la decisión de no admitir la prueba, o luego de admitirla y practicarla no valorarla, debe ser calificada sin temor a hipérbole como una decisión extrema e indeseada, pues

es una determinación contra-epistémica, además de lesionar el hoy llamado derecho a la prueba. De ahí que autores como Larry Laudan (2013), desde una perspectiva cognoscitiva, afirmen que “el único factor que debería determinar si una prueba es admisible o no es su relevancia para sustentar la hipótesis de que un delito tuvo lugar y que el acusado lo cometió” (p.54). Por lo tanto, este tipo de decisiones deben caracterizarse por su excepcionalidad, y por existir una justificación de tal importancia que torne razonable la decisión. En todo caso, vale postular el principio *pro evidencia*: la duda acerca de la configuración de un presupuesto de admisibilidad o de valoración, como la licitud, debe resolverse a favor de la prueba.

Ahora bien, en la actualidad una de las razones que justifican no tener en cuenta una prueba pese a su relevancia en términos de eficacia demostrativa se debe a su formación (obtención y producción) contraria a Derecho, o lo que es lo mismo, haciendo uso de la terminología dominante, su carácter ilícito. En Colombia este fenómeno se consagró con la promulgación de la Constitución Política de 1991, que en el artículo 29 inciso final dispuso la ya célebre expresión: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Trece años después un Código Procesal reguló por primera vez esta materia; la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, dispuso en su artículo 23 la llamada cláusula de exclusión: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

Pero realmente ha sido la jurisprudencia la encargada de delimitar la aplicación de la cláusula de exclusión, sobre todo ante una regulación constitucional y legal tan escasa como la colombiana. También la doctrina ha jugado un papel importante en esta labor. Temas como la definición de lo que se entiende por garantías fundamentales, el significado y alcance del efecto de nulidad de pleno derecho, los criterios para determinar la obtención directa y derivada de la prueba, por mencionar tan sólo algunos, no gozan de regulación normativa expresa, por lo que ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de llenar estos vacíos. Sin embargo, hay un tema que se ha pasado por alto: la determinación de las mal llamadas excepciones a la cláusula de exclusión.

Excluir una prueba, decisión a la que subyace una protección de las garantías procesales constitucionales fundamentales, implica la negación, o al menos la disminución, de otros principios de igual jerarquía normativa: el principio de búsqueda de la verdad, la eficacia de la

justicia y el derecho a la prueba. Es por esto que la doctrina moderna se ha preocupado por buscar un punto de equilibrio entre los principios en colisión, creando múltiples criterios que permitan una aplicación ponderada de la cláusula de exclusión. En Estados Unidos los límites a la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, en España la teoría de la conexión de la antijuridicidad, en Alemania la teoría de la ponderación, son algunos de los criterios que buscan impedir la aplicación ciega de la exclusión de la prueba.

Colombia, teniendo en cuenta esta tendencia doctrinal, reguló en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 criterios para la aplicación ponderada de la cláusula de exclusión. Es de resaltar que incluso antes de la vigencia de esta norma la Corte Constitucional ya había reconocido criterios de admisión de prueba ilícita (SU-159 de 2002). Dispone el mencionado artículo: “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” (subrayado fuera del texto).

Pero ¿cuáles son “los demás criterios que establece la ley” para no aplicar la cláusula de exclusión contemplada por el artículo 29 de la Constitución? La Ley colombiana no establece expresamente ningún otro criterio, por lo que la expresión “los demás criterios que establece la ley” del artículo 455 corresponde en realidad a la constitución de una cláusula abierta e indeterminada de criterios de admisión excepcional de evidencia ilícita. La jurisprudencia no se ha ocupado de delimitar este listado indeterminado. La doctrina nacional, a quien le corresponde en estos casos hallar principios que permitan filtrar el eventual capricho y la arbitrariedad de la decisión judicial, no se ha dado a la tarea de determinar qué otros criterios diferentes al vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable han sido aplicados hasta ahora y cuáles pueden ser aplicados teniendo como derroteros las particularidades del Derecho nacional. Es realmente una pregunta sin respuesta jurídica, a la deriva de los vaivenes de la resolución de los casos en concreto, de la más amplia discrecionalidad judicial.

El principio de seguridad jurídica, principio que se deriva de la esencia del Estado de Derecho, implica la previsibilidad de las decisiones judiciales o, dicho de otra manera, impide las decisiones arbitrarias y caprichosas al establecer un ordenamiento jurídico previo con plenitud normativa. La garantía de este principio en materia de aplicación de la cláusula de exclusión de que habla el artículo 29 de la Constitución colombiana depende en gran medida de la

determinación de los criterios de admisibilidad excepcional de la prueba ilícita, o al menos, de fijar parámetros constitucionales que permitan realizar un juicio de admisión de prueba ilícita que goce de coherencia jurídica (racionalidad y razonabilidad). Así lo previó el para ese entonces magistrado de la Corte Constitucional Alfredo Beltrán Sierra, quien en voto disidente a la sentencia C-591 de 2005 advirtió que: “(...) el propio artículo 455 añade que la nulidad derivada de la prueba ilícita también podrá considerarse con otros criterios *“que establezca la ley”*, sin decir cuales con lo que se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos, lo que resulta inadmisibile en el Derecho Procesal Penal, instituido para juzgar pero conforme a la Constitución y con el más acendrado respeto a la integridad de los derechos humanos”.

I.3 Formulación del problema

¿Qué criterios foráneos son válidos para la aplicación de la regla de exclusión de prueba establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia en el marco del proceso penal colombiano?

I.4 Sistematización del problema

Definido el problema central del presente trabajo, los siguientes responden a los problemas que son necesarios resolver previamente para hallar la respuesta al problema principal.

En primer lugar, se analizará el derecho colombiano; la idea es resolver el siguiente interrogante: ¿cuál es el sentido y alcance que las fuentes formales del derecho colombiano les han dado a los criterios fijados en el artículo 455 para la aplicación de la regla de exclusión de evidencia ilícita? Para la resolución de este problema jugará un papel importante las reglas fijadas por la teoría del precedente judicial para el análisis de la jurisprudencia.

Agotado el análisis del derecho nacional, se procederá a analizar el derecho comparado de orden nacional con el objetivo de responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios de admisibilidad fijados en el derecho comparado para la aplicación de la regla de exclusión de prueba? La identificación de estos criterios se realizará principalmente valiéndose de la doctrina foránea, sin perjuicio a que al momento de analizar su significado se acuda directamente al estudio de leyes o jurisprudencia del país productor.

Por último, se realizará un juicio de constitucionalidad: el objetivo en este apartado del trabajo consistirá en determinar si los criterios creados en el derecho internacional sobre la admisibilidad

de prueba ilícita son aplicables en el derecho colombiano, o lo que es igual, si superan el filtro de la Constitución colombiana de 1991.

I.5 Justificación

Importancia. Como ya se dijo, de la prueba depende la justicia de la decisión judicial. Sin embargo, llevado este postulado al absoluto puede generar, utilizando la expresión del profesor Parra Quijano, a un frenesí de la verdad: la búsqueda de prueba sin limitación, la arbitrariedad de la investigación penal, la vulneración sistemática de derecho con el pretexto de encontrar la verdad. La exclusión de la prueba nace en la orilla opuesta, como una especie de talanquera o desincentivo al frenesí de la verdad. Aunque con fin noble, la aplicación de la exclusión de prueba conlleva un costo bastante alto para la justicia. Precisamente con el objeto de buscar un punto de equilibrio entre los dos polos opuestos han nacido los criterios de admisibilidad excepcional de prueba ilícita. En Colombia, tal como se vio, la ley 906 de 2004 estableció un listado meramente enunciativo de estos criterios. Ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, han dicho qué otros criterios diferentes a los establecidos expresamente en el artículo 455 del Código Procesal Penal pueden ser utilizados en el juicio de admisibilidad de la prueba ilícita. De la aplicación de uno de estos criterios desconocidos podrá depender la absolución o la condena de un procesado. Este problema no ha sido resuelto. Es actual en atención a la vigencia de las normas que lo generan. Es de orden constitucional por el rango jurídico de lo que se discute.

I.6 Objetivos

I.6.1 Objetivo general

Determinar los criterios foráneos válidos en el ámbito nacional al aplicar la regla de exclusión de prueba establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia en el marco del proceso penal colombiano.

I.6.2 Objetivos específicos

1. Establecer el significado que las fuentes formales del derecho colombiano les han dado a los criterios fijados en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 al aplicar la regla de exclusión de prueba establecida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.
2. Analizar los criterios de admisibilidad fijados en el derecho comparado en el ámbito nacional para la aplicación de la regla de exclusión de prueba obtenida o producida con violación de derechos.

3. Realizar un juicio de validez jurídica de los criterios foráneos para la aplicación de la regla de exclusión de prueba teniendo como parámetro de validez el ordenamiento jurídico colombiano.

MARCO DE REFERENCIA

I.7 Marco histórico

I.7.1 Prolegómenos a la génesis de la *exclusionary rule*

La regla de exclusión de prueba ilícita (*exclusionary rule*) nació gracias a la labor de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a comienzos del XX. En el caso *Weeks v. United States*, pronunciado en 1914, el máximo Tribunal de justicia estadounidense tomó la decisión de excluir, con fundamento en la violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución, parte de la evidencia recaudada (correspondencia privada) por la Fiscalía contra el procesado Fremont Weeks. Aunque este caso es considerado el origen de la regla de exclusión, no se trata de una decisión sorpresiva y aislada; antes de *Weeks* se presentaron antecedentes que abonaron el camino para su nacimiento.

En Inglaterra, pocos años antes de la Independencia de las colonias británicas en América, se resolvieron los casos *Wilkes v. Wood* (1763) y *Entick v. Carrington* (1765)¹. Estos casos sentaron un precedente valioso sobre el respeto de los derechos de las personas en el marco de las actuaciones estatales. En *Wilkes v. Wood*, Jhon Wilkes presentó una demanda civil contra la emisión de un *general warrants*² en su contra, logrando que el Tribunal Ingles, en protección a su derecho a la privacidad, anulara la autorización por no existir, entre otros aspectos, orden judicial previa. En *Entick v. Carrington*, la Justicia Británica emitió una orden judicial de registro de domicilio en contra del sospechoso; se autorizó a cuatro agentes de la Corona a confiscar los documentos privados incriminatorios que se encontrasen. Ejecutado el registro de su vivienda, Entick presentó una demanda civil alegando que la orden constituía una intrusión ilegítima en su intimidad. El Tribunal resolvió anular la orden, ya no con el argumento del caso *Wilkes* –falta de orden judicial previa–, sino en razón a la información incriminatoria que existía en la correspondencia privada del sospechoso (*the law obligeth no man to accuse himself*: la ley no obliga a ningún hombre a acusarse a sí mismo).

¹ Estos dos casos han sido citados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para fundamentar el desarrollo de la *exclusionary rule*: *Boyd v. United States* (1886). Para ver un análisis más detallado de estos casos, ver la tesis doctoral de Fidalgo Gallardo, titulada , 2000)

² Explica el profesor Fidalgo Gallardo (2000) en su tesis doctoral: “desde el siglo XVI, el arma más poderosa con la que contaba la corona para perseguir a los autores de publicaciones sediciosas era la autorización general (general warrant) [...] la autorización general confería al agente en ella designado el amplísimo poder de registrar cualquier lugar, confiscar toda clase de publicaciones y objetos considerados ofensivos para el estado, y arrestar a cualquier persona (auto, impresor o editor) considerada sospechosa del delito investigado” (p.37)

En el primer siglo de existencia de Estados Unidos, independiente de Inglaterra, los jueces asumieron con base en la Constitución Federal, especialmente la Cuarta y Quinta Enmienda, una posición tradicional respecto a la evidencia hallada en virtud de transgresiones a normas constitucionales:

Hasta la mitad del siglo XIX el remedio típico para un registro ilegal era una acción civil para la indemnización por daños y perjuicios para el transgresor. Durante el siglo XIX, los tribunales seguían la regla de Derecho común, consistente en admitir como pruebas el producto de los registros y confiscaciones ilegales. (*OFFICE OF LEGAL POLICY, Report n° 5*; en: Fidalgo Gallardo, 2000, pág. 40)

Un ejemplo de esta forma de resolver las irregularidades en la obtención de la prueba es mencionado por Larry Laudan (2013) en su libro “Verdad, error y proceso penal”: en 1841 el Tribunal Superior de Massachusetts resolvió un caso en donde la policía judicial obtuvo unos documentos mediante un registro sin orden judicial. El Tribunal resolvió el problema jurídico argumentando lo siguiente:

Se admite que los ... materiales fueron incautados ilegalmente, sin embargo, éste no es un argumento jurídico en contra de su admisión como prueba. Si la orden de registro era ilegal o si el oficial que cumplía la orden excedió su autoridad, la parte que solicitó la orden o el oficial serán responsables por el daño causado; pero, esto no es una justificación adecuada para excluir como prueba los documentos incautados si éstos resultan pertinentes para el caso, como incuestionablemente lo son. *Cuando se ofrecen documentos como elemento de prueba, el tribunal puede ignorar cómo fueron obtenidos, sin importar si fue legal o ilegalmente* (p.261).

Fue hasta 1886, con la resolución del famoso caso *Boyd v. United States*, que la Corte Suprema de Justicia dio un viraje significativo a la posición tradicional. Los hechos del caso: en la época existía una ley de aduanas (1874) que autorizaba al Juez, previa petición del Fiscal, a ordenar la exhibición de documentos relativos a las actividades de importación de mercancías. El incumplimiento de la orden provocaba que los hechos que motivaron la emisión de al orden fueran tenidos como confesados. Agentes de aduanas, en el trascurso de un registro rutinario, incautaron mercancías de propiedad de la compañía Boyd & Sons aparentemente ilegales. En razón de la incautación, se dio apertura a un procedimiento civil especial de confiscación

(*forfeiture*³). Iniciado el proceso, el juez ordenó al demandado (compañía Boyd & Sons) aportar la documentación del trámite de importación, quien cumplió la orden formulando protesta tanto en el momento de allegarlos como en la admisión de la evidencia en el juicio. Boyd fue condenado en primera instancia y confirmada la decisión por el Tribunal de Apelaciones; la Corte Suprema de Justicia declaró nula la sentencia por vicios del procedimiento judicial con base en el siguiente argumento: exigencias combinadas de la Enmienda Cuarta⁴ y Quinta⁵ de la *Bill of Rights*. Argumentó el Alto Tribunal que el peligro de autoincriminación forzada mutaba la orden judicial de simple aportación de documentos a una especie de *searches and seizures* en el sentido de la cuarta Enmienda, por lo que debía respetar las exigencias allí reguladas⁶ –indicios de criminalidad (*probable cause*) acreditados al menos mediante el juramento o promesa (*oath or affirmation*) del agente federal solicitante; y la obligación por parte del juez emisor de la orden de señalar los límites de las facultades de los apoderados describiendo con particularidades

³ Explica el doctor Fidalgo Gallardo (2000), “según el black’s law dictionary, forfeiture es “[u]n término general que significa una privación de la propiedad de bienes concretos sin compensación; impone una pérdida mediante el despojo de un derecho válido preexistente sin compensación.”En el contexto de boyd, por forfeiture se hacía referencia específicamente al proceso civil especial a través del cual se llevaban a cabo esas confiscaciones” (p. 42.)

⁴ The Constitution of The United States. Amendment iv. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, ante the persons or things to be seized.

Traducción:

“[e]l derecho de las personas a estar protegidos en sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros y confiscaciones irrazonables, no será violado, y no se emitirán autorizaciones de registro y confiscación sino basadas en causa probable, apoyadas por juramento o promesa, y describiendo detalladamente el lugar a registrar, y las personas y objetos a confiscar” (Fidalgo Gallardo, Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América, 2000, pág. 15)

⁵ The Constitution of The United States. Amendment V. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Traducción: “ninguna persona [...] será obligada en ningún caso penal a declarar contra sí misma, ni será privada de su vida, libertad, o propiedad, sin el proceso debido según ley [...]” (Fidalgo Gallardo, Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América, 2000, pág. 20)

⁶ La tesis expuesta en el caso boyds ha caído en total desuso. En la actualidad, como se evidenciará al analizar casos más recientes, la aplicación de la regla de exclusión con fundamento en la cuarta enmienda no tiene en consideración la naturaleza, pública o privada, de los materiales probatorios susceptibles de confiscación.

el lugar a registrar, las cosas a confiscar y las personas a arrestar (*particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*)⁷; en palabras de la Corte:

La aportación forzada de los documentos privados de un hombre para probar una acusación criminal en su contra, o para confiscar su propiedad, está dentro del ámbito regulado por la Cuarta Enmienda de la Constitución [...] porque es un ingrediente esencial y realiza el único objeto y finalidad de los registros y confiscaciones (*Boyd v. United States*, 1886)⁸.

Si bien *Boys* puede considerarse como un directo antecedente de la regla de exclusión, como una decisión que abonó el terreno para la llegada de una figura jurídica que poco tiempo después se expandiría por gran parte del mundo occidental, lo cierto es que todavía imperaba la posición tradicional: las evidencias obtenidas con actuaciones ilegales podían servir de fundamento para desvirtuar la presunción de inocencia dentro de un proceso judicial. En el caso *Adams v. New York* (1904), la Corte rechazó la tesis expuesta dieciocho años antes en *Boys* afirmando que:

Aun admitiendo que los billetes de lotería y los materiales [relacionados con el juego] fueron confiscados ilegalmente, de todos modos no hay causa legal para oponerse a su admisión como prueba [en el juicio]. Si la autorización judicial de registro fuera ilegal, o si el agente de Policía que la ejecutase se extralimitase en su arbitrariedad, la persona que emitió la autorización o el agente serían responsables por el ilícito; pero eso no es motivo para excluir los documentos confiscados como prueba si fuesen relevantes para la cuestión debatida, como en este caso lo eran sin lugar a dudas. Cuando se aportan documentos como

⁷ Aunque la decisión *Boyd* es un importante precedente de protección de derechos civiles sobre actuaciones estatales, la mezcla entre la cuarta y quinta enmienda para sostener que las órdenes judiciales de aportación de documentos a un proceso es una especie de orden de registro y confiscación ha sido tachado por un amplio sector de la doctrina estadounidense como un argumento equivocado. Explica sobre este tema Fidalgo Gallardo (2000):

A pesar de las grandes alabanzas de que fue objeto la decisión judicial en *Boyd*, y del lugar destacado que sigue ocupando aún hoy en los estudios de los especialistas, el artificioso y forzado razonamiento en el que se basaba el fallo “fue pronto puesto en duda, y puede ser considerado hoy como claramente incongruente con los precedentes aplicables”.¹¹⁸ *Boyd* fue un ejercicio de voluntarismo judicial poco respetuoso de las exigencias de la legalidad vigente, en el que la corte tuvo que improvisar un tarje jurídico a medida para una decisión tomada de antemano, manipulando para ello el sentido de las provisiones constitucionales y forzando los razonamientos. De hecho, *Boyd* puede considerarse hoy únicamente como una reliquia histórica, derogada o al menos ignorada en la práctica por la jurisprudencia posterior. Su artificiosa argumentación ha sido calificada como “una salida en falso”,¹¹⁹ y de hecho “la mayoría del análisis en que se basa sobre la cuarta enmienda, la quinta enmienda, y la relación entre las dos, ha sido rechazado”.¹²⁰ (p. 47)

⁸ Traducción extraída de la tesis doctoral de Fidalgo Gallardo (2000, pág. 44).

prueba en juicio, el Tribunal no puede prestar atención a cómo fueron obtenidos, fuese legal o ilegalmente⁹.

I.7.2 Nacimiento de la regla de exclusión de la prueba

Boys (1886) y *Alams* (1904) demuestran las dubitaciones de la Corte Suprema de Estados Unidos respecto a la validez de las pruebas obtenidas con violación a derechos constitucional, y también del proceso en el que se presentan esas pruebas. Toda idea nueva, sobre todo cuando resquebraja los cimientos de una idea de antaño aceptada, genera reacciones de escepticismo y desconfianza. El proceso para llegar a edificar lo que hoy se conoce como reglas de exclusión fue paulatino y lleno de notables contradicciones en la jurisprudencia norteamericana. Con la resolución del famoso caso *Weeks v. United States* (1914), que es considerado por la doctrina como el origen de la *exclusionary rule*, la Corte adoptó una posición que hasta el día de hoy se mantiene¹⁰: la prueba obtenida con violación a normas constitucionales debe excluirse del proceso judicial.

Los hechos del caso *Weeks* son los siguientes: en el curso de una investigación policial de carácter penal en Kansas City, Estado de Missouri, que se llevó a cabo por agentes estatales y federales, los policías confiscaron correspondencia del procesado sin orden judicial previa la cual fue utilizada luego como prueba de cargo en el juicio. Un tribunal federal de primera instancia (*District Court*) profirió sentencia condenatoria contra Fremont Weeks teniendo como base probatoria, entre otras evidencias, la correspondencia incautada. El caso llegó a la Corte Suprema, quien debía analizar si la decisión de primera instancia se ajustaba a la Constitución de Estados Unidos. La decisión de la Corte fue un hito para ese momento: dando un viraje de ciento ochenta grados respecto a la posición asumida tan sólo diez años antes en *Alams* (1904), sostuvo que la acusación no podía fundamentarse, con mayor razón la sentencia de primera instancia, en correspondencia confiscada sin orden judicial previa, o, lo que es lo mismo, violando la Cuarta Enmienda de la Constitución. La evidencia hallada en razón a actuaciones policiales contrarias a los derechos consagrados en la Constitución debe excluirse.

⁹ Traducción extraída de la tesis doctoral de Fidalgo Gallardo (2000, pág. 49).

¹⁰ Esta posición sin perjuicio a los cambios que el proceso de evolución de la figura jurídica a lo largo de un siglo de jurisprudencia conlleva en aspectos tales como sus elementos, presupuestos o efectos.

La diferencia entre el caso *Boys* (1886) y el caso *Weeks* (1914) reside principalmente en el fundamento jurídico de la decisión¹¹; mientras que *Boys* se basó en la fusión de la Cuarta y Quinta Enmienda, en *Weeks* se utilizó exclusivamente aquella, generando, tal como lo explica Fidalgo Gallardo (2000, p. 49), una verdadera ampliación, tanto en al aspecto cualitativo como cuantitativo, del radio de acción de la regla de exclusión de evidencia obtenida de manera inconstitucional.

Otro aspecto por resaltar del fallo *Weeks* es la limitación de los efectos jurídico de la decisión a la justicia federal estadounidense, aspecto ampliamente conocido como la doctrina de la bandeja de plata (*silver platter doctrine*)¹². Según esta posición, la regla de exclusión creada en *Weeks* sólo es aplicable a la justicia federal, y por tanto no es obligatoria para la justicia estatal. Esto generó una consecuencia aún más grave a los ojos de hoy: la justicia federal podía admitir evidencia obtenida de forma inconstitucional, siempre y cuando en su hallazgo no hubiesen intervenido agentes federales.

Luego de la expedición de la sentencia que resolvió el caso *Weeks*, a nivel federal la regla de exclusión probatoria entró en una etapa de consolidación y expansión: casos como *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920), *Gouled v. United States* (1921), *Amos v. United States* (1921), *Byars v. United States* (1927), en donde la Corte resolvió excluir evidencia por ser obtenida con violación a la Cuarta Enmienda de la Constitución, así lo demuestra. Por su parte, a nivel Estatal se presentó una adopción espontánea de la *exclusionary rule*, en algunos casos por medio de ley y en otros por jurisprudencia, seguramente por la autoridad que significaba la posición de la Corte: para 1949, dieciséis Estados habían seguido el camino marcado por la justicia federal, los demás (31 un Estados) continuaban sosteniendo la regla tradicional¹³.

Aunque todos los acontecimientos expuestos anteriormente permiten concluir el papel protagónico de la *Supreme Court of the United States* en el nacimiento y desarrollo de las reglas

¹¹ Existen otras diferentes, por ejemplo que en el primero se trataba de un asunto de naturaleza civil y el segundo de naturaleza penal o el hecho que en *Boys* sólo se anuló la totalidad del proceso judicial, en cambio en *Weeks* la decisión recayó exclusivamente sobre la validez de la evidencia.

¹² La expresión *silver platter doctrine* fue utilizada por primera vez por la corte suprema de justicia de estados unidos en el caso *Lustig v. United States* (1949).

La *silver platter doctrine* se basó en la posición tradicional predominante de la época respecto a la autonomía e independencia judicial de los estados. Sobre este tema puede verse la sentencia *Twining v. New Jersey* (1908) según la cual las primeras ocho enmiendas de la constitución (*bill of rights*) no vinculaban a los estados.

¹³ Este dato es tomado de la tesis doctoral del profesor Fidalgo Gallardo (2000, p 114).

de exclusión probatoria, en 1891 en la República Argentina la Corte Suprema de la Nación resolvió el denominado caso “Charles Hermanos” —con frecuencia este caso es olvidado por la doctrina, limitándose a señalar a Estados Unidos como el epicentro del nacimiento de la *exclusionary rule*—. Explica el profesor argentino Fernando Poviña (2013) al referirse a este caso:

En esa oportunidad, el alto tribunal basó la eliminación de la prueba ilegal, consistente en unos documentos secuestrados e incorporados al proceso irregularmente, sin tener en cuenta las prescripciones vigentes de la ordenanza de Aduana que prohibían las pesquisas en casas particulares que no fueran depósitos comerciales. Sostuvo la Corte Suprema que la prueba era “el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles” (p. 42)¹⁴.

I.7.3 Expansión territorial de la regla de exclusión: aplicación de *Weeks* en los Estados Federados

La posición inicial de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos fue radical: en virtud de una interpretación respetuosa de la concepción de los padres fundadores (*founding fathers*) sobre la autonomía e independencia de los Estados Federados, el precedente *Weeks* no era obligatorio para los sistemas de justicia estatal. Luego de algo más de tres décadas esta posición cambió drásticamente.

El tema no era sencillo. En la cultura estadounidense de la época estaba profundamente arraigada la idea de independencia de los poderes estatales del poder central federal en todos los campos, incluyendo obviamente el jurídico, tanto en la faceta de creación (Legislador) como en la de aplicación (Judicial). Por eso no se concebía la intromisión de la Corte Suprema en los sistemas de justicia estatal en asuntos tan aparentemente particulares como las consecuencias de obtención ilegal de evidencia, máxime si se tiene en cuenta que no existía sustento expreso en la Constitución.

¹⁴ Según el mismo autor, este antecedente fue un caso aislado; la corte tardó casi un siglo en retomar la postura de inadmisibilidad de pruebas obtenidas irregularmente, casos Montenegro de 1981 y Fiorentino de 1984 (Poviña, 2013, p. 42). Estos casos serán analizados más adelante al estudiar el desarrollo de las reglas de exclusión.

El cambio empezó con la resolución del caso *Wolf v. Colorado* (1949) y se consolidó en *Mapp v. Ohio* (1961); en el primero se dio la extensión de los presupuestos y en el segundo la extensión de la consecuencia jurídica de la regla de exclusión.

Más allá del aspecto fáctico, el problema jurídico que le correspondió resolver a la Corte Suprema de Justicia en *Wolf* fue la obligatoriedad de la Cuarta Enmienda de la Constitución para los Estados Federados, o lo que es lo mismo, si las limitaciones al ejercicio del poder público consagradas en la *Bill of Right* le eran exigible a los gobiernos estatales. Aunque pareciera una verdad de Perogrullo la respuesta positiva a esta interrogante, recuérdese que para la época existían precedentes vigentes sosteniendo una posición negativa, como por ejemplo *Twining v. New Jersey* (1908) o *Borron v. Baltimore* (1833), sumado a la cultura pro concepción *founding fathers*. En ese punto reside la trascendencia de *Wolf*: bajo el pretexto de una interpretación extensiva de la Decimocuarta Enmienda, el núcleo de las garantías de la intimidad personal consagradas en la Cuarta Enmienda pasó a ser obligatorio para los Estados.

El ponente de la sentencia que resolvió el caso *Wolf* fue el Magistrado Frankfurter. Desde el inicio de la sentencia se planteó el problema de si la Cuarta Enmienda es aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal. Este debate, limitado no solamente a la Cuarta Enmienda sino a la totalidad de derechos consagrados en la *Bill of Right*, que por su algidez, polarización y prolongación en el tiempo es un clásico del constitucionalismo estadounidense, es ampliamente conocido como *incorporation debate*¹⁵. La pregunta que hizo el juez Frankfurter en la sentencia en estudio fue la siguiente:

¿Es la condena de un Tribunal estatal por un delito estatal una denegación del “proceso debido según ley” requerido por la Decimocuarta Enmienda, solamente porque ciertos materiales probatorios admitidos en la fase decisoria fueron obtenidos en circunstancias que los hubiesen hecho inadmisibles en un proceso penal por violación de una ley federal ante un Tribunal [federal] por considerarse que concurría una violación de la Cuarta Enmienda tal y como fue aplicada en *Weeks v. United States*? (*Wolf v. Colorado*, 1949)¹⁶.

Y la respuesta al problema jurídico planteado en *Wolf* fue afirmativa, pero limitada a lo que la Corte llamó “el núcleo de las garantías de la intimidad personal recogidas en la Cuarta

¹⁵ Sobre la *incorporation debate*, en la literatura colombiana puede verse los estudios de Orlando Muñoz Neira (2006, págs. 97-123).

¹⁶ Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p. 64).

Enmienda”. Ante esta expresión de estilo un tanto ampuloso, la pregunta inmediata es, ¿qué se entiende por el núcleo de una garantía constitucional? La timidez de la Corte en transgredir la concepción tradicional sobre la independencia de los Estados Federados es palpable al responder esta pregunta en la sentencia del caso *Wolf*. Aunque la Corte resolvió extender a los Estados Federados las garantías contra registros e incautaciones (*searches and seizures*), dejó la libertad de establecer las consecuencias que se generan tras su violación, considerando que este tipo aspectos no hacen parte del núcleo esencial de la Cuarta Enmienda; en palabras de la Corte:

Los medios de hacer efectivo ese derecho básico plantea cuestiones de distinto orden. Cómo fiscalizar tales conductas arbitrarias, qué remedios deberían asignarse, por qué medios debería hacerse efectivo el derecho, son todas cuestiones que no han de ser respondidas de forma dogmática como para excluir las variadas soluciones que surgen del abanico permisible de opiniones sobre cuestiones no susceptibles de solución cuantitativa. (*Wolf v. Colorado*, 1949)¹⁷.

En el plano de la discusión sobre la aplicación de la regla de exclusión del caso *Weeks* en los sistemas judiciales estatales, lo anterior significaba una sola cosa: la *exclusionary rule* no es un derecho de orden constitucional, no hace parte del contenido esencial de la Cuarta Enmienda, sino es una mera opción entre muchas otras que libremente puede o no adoptar un ordenamiento jurídico, uno de tantos remedios posibles (*remedy*) —ejemplos de otros remedios diferentes a la exclusión de la prueba, persecución criminal de los agentes policiales infractores, sanciones administrativas y acciones de indemnización de daños—, para utilizar las expresiones de la sentencia *Wolf*. Por lo tanto, al no ser de orden constitucional, la *exclusionary rule* no era obligatoria en los sistemas de justicia estatal.

La naturaleza de la regla de exclusión en la jerarquía de fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico es un tema de suma importancia. La sentencia *Wolf* es una de las sentencias pioneras en la que se estudia este tema. Y aunque la posición mayoritaria en *Wolf* fue la de sostener la no obligatoriedad del precedente *Weeks* en los Estados Federados bajo el argumento del su carácter infra constitucional, al interior de la Corte algunos magistrados estaban dispuestos a dar un paso más hacia la consolidación de la inadmisibilidad de la evidencia contraria a Derecho: según los votos particulares discordantes de los magistrados Douglas,

¹⁷ Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p. 66).

Murphy y Rutledge, no es posible establecer remedios alternativos a la regla de exclusión, o lo que es lo mismo, la regla de exclusión hace parte del “núcleo de las garantías de la intimidad personal recogidas en la Cuarta Enmienda”.

Posterior a *Wolf v. Colorado* (1949) vino *Rochin v. California* (1952). Bajo la excusa de una interpretación extensiva de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución¹⁸, la Corte Suprema consideró que, en ciertos casos en atención a su gravedad, la aplicación de la *exclusionary rule* se torna obligatoria para los Estados Federados. El caso *Rochin* es el primer paso hacia una consolidación de la regla de exclusión a lo largo y ancho del territorio estadounidense.

Elemento fáctico del caso *Rochin*. Con fundamento en fuente anónima e información no verificada, policías del Estado de California entraron sin orden judicial a la residencia de Antonio Rochin, sospechoso de tráfico de drogas ilegales. En la mesa de noche de la habitación principal había dos cápsulas; cuando Rochin se percató de la presencia de los agentes se las tragó. Los policías se dieron cuenta de lo que había hecho el sospechoso y trataron de forzarlo para que las escupiera; por más esfuerzo, incluso haciendo uso de violencia física, no lo lograron. Rochin fue llevado al Hospital más cercano en donde un galeno, acatando orden impartida por los policías, realizó un procedimiento médico para que el capturado expulsara los objetos ingeridos vía emética. Las cápsulas resultaron contener morfina.

En el caso *Rochin* se presentó una flagrante violación a las garantías creadas por la Corte Suprema de Justicia en torno a la Cuarta Enmienda: i) falta de orden judicial para la realización de registros, confiscaciones y arrestos (*warrant*), ii) falta de fundamento probatorio idóneo (*probable cause*) y juramento o promesa ante una Corte (*oath or affirmation*), iii) el uso de la fuerza y de métodos invasivos en el cuerpo del sospechoso para hallar evidencia, lo que además podía catalogarse como una confesión forzosa en contra de la Quinta Enmienda de la Constitución (*privilege against self-incrimination*). El caso era un pretexto ideal para que el ala

¹⁸ En inglés: *all persons born or naturalized in the united states, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the united states and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the united states; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (amendments to the unites states constitution, section 1, amendment xiv, 1868)*

En español: todas las personas nacidas o naturalizadas en los estados unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los estados unidos y del estado en el que residen. Ningún estado promulgará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de ciudadanos de los estados unidos; ni privará estado alguno a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso según la ley; ni negará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p. 24).

pro *exclusionary rule* al interior de la Corte profiriera una decisión que impulsara aún más su desarrollo, como efectivamente sucedió.

El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones de California condenaron a Antonio Rochin por el delito de posesión de estupefacientes, teniendo como principal prueba las cápsulas de morfina incautada. La justicia de California, respetuosa de los precedentes del Corte Suprema, especialmente de *Wolf v. Colorado* (1949), y del pensamiento ortodoxo sobre la organización política del país (régimen federado), sostuvo una posición tradicional sobre la ilicitud de los medios de convicción: el modo de obtención de las pruebas es irrelevante a efectos de su admisibilidad y fuerza probatoria, sin perjuicio de la aplicación de diversas consecuencias jurídicas como obligación de reparar daños, la imposición de una pena por responsabilidad penal o de una sanción por responsabilidad disciplinaria.

La Corte Suprema sostuvo en *Wolf* (1949) la autonomía, sin restricciones, de los Estados Federados de aplicar la *exclusionary rule*; en *Rochin* (1952), tan sólo tres años después, varió su posición exigiendo para determinados casos su aplicación, o lo que es lo mismo, estableció una excepción al precedente *Wolf*.

Los fundamentos jurídicos del caso *Rochin*. Sostuvo la Corte que la Decimocuarta Enmienda, norma constitucional dirigida expresamente a los Estados Federados, contemplaba ciertas garantías de carácter obligatorio para todos los Estados; la cláusula del debido proceso (*due process clause*) era una de ellas. La norma en cita en lo pertinente establece: “Ningún Estado promulgará o hará cumplir ninguna Ley que restrinja los privilegios o inmunidades de ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará Estado alguno a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad, sin el *debido proceso según la ley*; ni negará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”¹⁹. Aunque el ejercicio y regulación del *ius puniendi* era facultad autónoma de los Estados, el *due process clause* establecía limitantes inquebrantables a este poder, dentro de los que se encontraba, en ciertos casos, en razón de su gravedad, la *exclusionary rule*²⁰.

¹⁹ Cursiva fuera del texto original. Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p. 24).

²⁰ Tal como se mencionó en párrafos anteriores, cuáles garantías le son exigibles a los estados en virtud de la interpretación extensiva de la decimocuarta enmienda, lo que restringe su campo de autonomía, es uno de los debates más antiguos y polémicos de la historia constitucional estadounidense, aún hoy abierto, conocido como incorporation debate. Sobre este tema, y en general el desarrollo de la decimocuarta enmienda de la constitución de estados

Pese a la teleología noble de la decisión (buscaba un punto de equilibrio entre dos posturas antagónicas: el respeto al federalismo ortodoxo, por un lado, y la posición progresista de la regla de exclusión, por el otro), la sentencia *Rochin* adolece de uno de los problemas más frecuentes en el mundo del Derecho: ambigüedad ¿Cuándo un caso será lo suficientemente grave como para que amerite la aplicación de manera obligatoria de la *exclusionary rule*?

[e]l respeto a las exigencias de la cláusula de debido proceso «ineludiblemente impone a esta Corte el deber de juzgar si la totalidad de los trámites que componen los procedimientos que desembocan en una condena ofenden los cánones de decencia y corrección que expresan las naciones de justicia de los pueblos angloparlantes incluso hacia aquellos que han sido acusados de los crímenes más abyectos»²¹

[...]

Lo que la mayoría espera es que la cláusula del debido proceso faculta a esta Corte para anular cualquier ley estatal si su aplicación “*conmociona la conciencia*” ofende “un sentido de la justicia”, o va en contra de los “*decencia de conducta civilizada*” (*Rochin v. California*, 1952)²².

Criterios como “*cánones de decencia y corrección*” o casos de gravedad tal que “*golpeasen la conciencia*” (*shock the conscience*), expresión gráfica con la que se conoce el precedente *Rochin*, términos utilizados en la sentencia en la que fue ponente el juez Frankfurter, poco o nada ayudan a resolver el interrogante.

Por su indeterminación excesiva, pero sobre todo porque poco tiempo después la Corte tomaría una decisión trascendental que consolidaría de una vez por todas la regla de exclusión en Estados Unidos, *Rochin v. California* no ha gozado de mayor relevancia histórica en la evolución de la regla de exclusión. Según expone el profesor Joshua Dressler (2013, p. 321), a nivel de la justicia federal se estudió la aplicación del precedente *Rochin* tan sólo en tres ocasiones: i) *Irvini v. California* (1954), en donde se aplicó el precedente *Wolf* debido a que la conciencia de cinco magistrados no se vio lo suficientemente golpeada con los hechos del caso, ii) *Breithaupt v.*

unidos, puede consultarse la importante obra del profesor raoul berger llamada *government by judiciary. The transformation of the fourteenth amendment* (Berger R. , 1997).

²¹ Cursiva del texto. Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p. 70).

²² Cursiva fuera del texto. Traducción libre.

Abram (1954), en donde fueron seis los magistrados que consideraron que el caso no era lo suficientemente grave y iii) *Schmerber v. California* (1966), en donde se dio nuevamente un reñido cinco a cuatro en contra de *Rochin*²³.

Progresistas versus conservadores: la polarización dentro de la Corte respecto a la *exclusionary rule* no podía ser de mayor intensidad. La división giraba en torno a la aplicación obligatoria de la regla de exclusión en los Estados Federados. Los casos *Rea v. United States* (1956) y *Elkins v. United States* (1960) son la antesala de lo que sería la derrota de la corriente conservadora dentro de la Corte.

En *Rea v. United States*, sentencia que fue votada 5 a 4, la Corte resolvió prohibir a agentes federales servir de prueba testimonial a la acusación presentada contra el procesado por el Ministerio Fiscal en el Estado de Nuevo México. La polémica decisión no iba en estricto sentido dirigida a la justicia estatal, sino a los agentes federales que hacían parte, según la Corte, de la órbita de competencia de la justicia federal. El caso se trata de una investigación penal adelantada exclusivamente por agentes federales; se realizó una diligencia de registro y allanamiento en la casa del sospechoso que a lo postré fue declarada ilegal por considerarse contraria a las garantías de la Cuarta Enmienda; el Tribunal Federal del Distrito (*Federal District Court*) excluyó la evidencia incautada (droga), lo que obligó al Fiscal a solicitar el sobreseimiento (*motion to dismiss*) —en Colombia equivaldría a solicitar la preclusión de la investigación—; pese a la decisión de la justicia federal, un Fiscal de Nuevo México, lugar en el que ocurrieron los hechos, presentó acusación con fundamento en el testimonio de los agentes estatales²⁴. La Corte declaró ilícita la prueba testimonial que fundamentaba la acusación del Fiscal estatal, lo que acarreó necesariamente el sobreseimiento del proceso penal.

El caso *Elkins v. United States* (1960) es ampliamente conocido en la evolución histórica de la *exclusionary rule* como el que derogó la doctrina de la bandeja de plata (*silver platter doctrine*), según la cual no es dable excluir prueba en casos en los que el acto contrario a las garantías constitucionales mediante el cual se halló la evidencia fue realizado exclusivamente por agentes estatales. La nueva regla de la Corte consideró que sin importar si se trataba de agentes federales o estatales la evidencia debía excluirse. Es importante resaltar que esta nueva regla sólo se refiere

²³ Para un análisis en español de estos casos, ver Fidalgo Gallardo (2000, p. 75-82).

²⁴ Explicar el fenómeno de cosa juzgada en Estados Unidos.

a la justicia Federal. Tal como afirma Fidalgo Gallardo (2000, p.87), en *Elkins* la Corte al derogar la doctrina de la bandeja de plata fue coherente con el precedente *Wolf*: si las garantías de la Cuarta Enmienda le son exigibles a los Estados Federados, o lo que es igual, si le son exigibles a los agentes de policía estatal, la consecuencia en el plano de la justicia federal, que tenía consolidado la *exclusionary rule*, no puede ser otra sino la de la aplicación de la exclusión de la prueba tanto en casos en los que intervengan policías federales —regla tradicional de *Weeks*— como cuando sean de orden estatal —nueva regla de *Elkins*—.

Fue hasta 1961 que la Corte Suprema de Justicia, bajo la presidencia del famoso juez Earl Warren, tomó la decisión de exigir la aplicación del precedente *Weeks* a los Estados Federados. A partir de la promulgación de la sentencia *Mapp v. Ohio* (1961) la regla de exclusión sería aplicable en todos los procesos penales celebrados en Estados Unidos, independientemente que se trate de procesos estatales o federales.

Los hechos del caso *Mapp* y su trámite judicial. En el Estado de Ohio se adelantaba una investigación policial en busca de un sospechoso de delitos de terrorismo y posesión ilícita de armas y explosivos. Los policías se dirigieron a una casa en donde presuntamente se encontraba el investigado, según datos dados por un informante, además de objetos ilícitos utilizados en un atentado perpetrado poco tiempo antes. Los agentes llamaron a la puerta y solicitaron permiso para entrar. Dolly Mapp, la ocupante de la casa, se negó a permitir el acceso. La casa fue cercada mientras se realizaban las gestiones necesarias para la obtención de una autorización judicial. Horas después del primer intento, sin disponer aún de orden judicial, los policías forzaron la puerta y procedieron a registrar la casa. No encontraron armas o explosivos, pero sí libros y revistas pornográficas; para ese momento estaba tipificado como delito en la legislación penal estatal la tenencia de este tipo de material. Dolly Mapp fue condenada en primera instancia por el delito de posesión de material obsceno, el Tribunal de Apelaciones confirmó esta decisión. Al llegar este caso a la Corte Suprema Federal, el Alto Tribunal resolvió anular la sentencia condenatoria.

Uno de los aspectos más discutidos de la sentencia del caso *Mapp* es su argumentación, lo que ha llevado a ser considerada “como una decisión sorpresiva, tomada sobre la marcha, en (sic) base a motivaciones políticas más que en argumentaciones jurídicas” (Fidalgo Gallardo, 2000, p. 93). Los principales argumentos que llevaron a la Corte a tomar tan polémica decisión fueron los

siguientes: i) *Wolf* se había basado en meras razones coyunturales que en su momento justificaban adoptar una posición tradicional (excesiva diversidad de criterios respecto a las consecuencias de obtención de evidencia ilegal entre la comunidad estadounidense); ante la desaparición en los años posteriores de esas razones, lo lógico es la derogación de *Wolf*²⁵; ii) la evolución progresista de la jurisprudencia hacía la expansión territorial; y iii) la naturaleza constitucional de la regla de exclusión.

Tal como se dijo en líneas anteriores, el rango que ocupe la regla de exclusión en la jerarquía de un sistema jurídico es un tema de vital interés. Se tienen dos opciones, es de orden constitucional o es una mera regla legal de derecho probatorio. Según se elija una u otra opción, aspectos como los presupuestos para su configuración, excepciones, y en general todo su desarrollo, cambiará drásticamente. Aunque *Mapp* se inclinó hacia la primera opción, siendo como ya se dijo para el *statu quo* de la época una decisión diametralmente contraria a la postura tradicional, cabe resaltar la polarización en la votación: 5 a 4. La posición disidente sostuvo (voto de los jueces Harlan, Frankfurter y Whittaker)²⁶:

[I]o que la Corte está haciendo ahora es imponer a los Estados no sólo estándares sustantivos federales sobre registros, arrestos y confiscaciones, sino también el remedio básico federal para la violación de estos estándares.

[u]n enfoque que considera la cuestión como si se tratase de conseguir simetría procedimental o servir a la conveniencia administrativa claramente desfigura las fronteras de las funciones de esta Corte en relación a los Tribunales estatales y federales.

[I]a mayor dificultad a la que se enfrenta la teoría de que la Cuarta o la Quinta Enmienda requieren directamente la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas es la ausencia de fundamento textual en la Constitución (*Mapp v. Ohio*, 1961)²⁷.

²⁵ Aportado tomado literalmente de la sentencia *Mapp v. Ohio* (1961) (traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p.95):

Mientras que en 1949, antes del caso *Wolf*, casi dos tercios de los estados se oponían al uso de la regla de exclusión, ahora, a pesar del caso *Wolf*, más de la mitad de aquellos [estados] que han legislado sobre él con sus propias decisiones judiciales o legislativas, han adoptado o se han adherido, en todo o en parte, a la regla [de exclusión] de *Weeks*.

²⁶ El cuarto juez en sostener una postura diversa a la mayoría fue Potter Stewart, pero no en voto disidente sino concurrente. Para un detallado análisis de su posición, ver el artículo de su autoría en donde expone detalladamente las razones de orden jurídico y político que llevaron a la corte a tomar tan trascendental decisión en *Mapp* (Stewart P. , 1983).

²⁷ Traducción tomada del texto de Fidalgo Gallardo (2000, pág. 98).

A pesar de la disidencia al interior de la Corte, la semilla ya había germinado: su expansión a lo totalidad del territorio estadounidense y su cualificación como norma constitucional significó un paso trascendental en la historia de la *exclusionary rule*. En adelante, vendrían etapas de expansión cuantitativa y cualitativa, de discusión sobre sus límites y excepciones, y de expansión territorial, ya no simplemente en los Estados Unidos sino en gran parte del mundo occidental. A continuación, se analizarán cada una de ellas.

Previo al estudio del análisis de la etapa siguiente a la consolidación de la regla de exclusión, es menester señalar que el precedente sentado en sentencia *Mapp v. Ohio* no tuvo efectos retroactivos. En la sentencia *Linkletter v. Walker* de 1965 la Corte Suprema se ocupó de analizar si la regla de exclusión aplicable a lo largo y ancho de los Estados Unidos conforme el precedente fijado en *Mapp* tenía efectos hacía el pasado. Un pronunciamiento a favor de la retroactividad obligaría iniciar un proceso arduo de revisión de una gran cantidad de casos judiciales concluidos, lo que generaría cierta inseguridad jurídica, pero sería coherente con la visión según la cual la admisión de las pruebas obtenidas inconstitucionalmente agravaría la violación original y la *exclusionary rule* es el privilegio constitucional más importante de los contenidos en la Cuarta Enmienda de la Constitución. Un pronunciamiento en contra a la retroactividad sería contrario a la visión constitucional imperativa de la *exclusionary rule* sostenida en *Mapp v. Ohio*. La Corte luego de evaluar los efectos en el tiempo del precedente, considerando que la decisión sobre la retroactividad o irretroactividad debía tomarse “sopesa[ando] las ventajas y los inconvenientes en cada caso, teniendo en cuenta la historia previa de la regla en cuestión, su finalidad y efecto, y si la aplicación retrospectiva facilitará o dificultará su operatividad”(cita tomada de Fidalgo Gallardo, 2003, p. 197), resuelve en una sentencia firmada por siete de nueve magistrados que el precedente judicial *Mapp v. Ohio* no tiene efectos retroactivos. El argumento principal que llevó a la Corte a tomar esta decisión fue el considerar la regla de exclusión un remedio disuasorio, una regla que mira al futuro queriendo evitar nuevas violaciones de derechos por la Policía, por lo que la aplicación al pasado carecería de sentido; también se argumentó los efectos negativos que generaría la aplicación retroactiva en la administración de justicia²⁸.

²⁸ Sobre este tema se dijo en la sentencia: “[h]acer retroactiva la regla de *Mapp* gravaría la administración de Justicia hasta límites insoportables. Habría que celebrar vistas sobre la posibilidad de excluir materiales probatorios

I.7.4 Expansión sustancial de la regla de exclusión: la Quinta y Sexta Enmienda como fundamentos de exclusión

La *exclusionary rule* es la consecuencia procesal a un acto de investigación criminal contrario a determinadas normas constitucionales, que luego de muchos avatares se había convertido en una realidad en el Derecho estadounidense. En la época de origen y desarrollo inicial, el presupuesto normativo para poder aplicar la regla de exclusión giraba en torno a la Cuarta Enmienda de la Constitución, dejando a un lado otras garantías constitucionales. Ahora el fenómeno consistía en una expansión sustancial de la regla de exclusión: no sólo la Cuarta Enmienda, también la Quinta y Sexta, eran normas constitucionales que de ser violadas en el trámite de una investigación penal permitían su aplicación.

La Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense contiene una prohibición probatoria expresa, el llamado privilegio contra la autoincriminación forzada (en inglés, *privilege against compelled self-incrimination*). La falta de confianza en la veracidad del dicho que genera una confesión bajo coacción es la razón de ser de esta prohibición, que según explica el profesor Mark Berger (1980) se encontraba establecida en todos los Estados federados, puesto que provenía de la esencia de la tradición jurídica anglosajona del siglo XIII.

Aunque existía unanimidad al prohibir la autoincriminación forzada, los Estados discrepaban acerca de los presupuestos para que se entendiera lesionada esta garantía constitucional, es decir, no había una posición uniforme sobre el significado del carácter forzoso de la confesión. La confesión voluntaria es ajustada a Derecho; lo que se reprocha, y por tanto activaba la prohibición probatoria, es el carácter forzoso para lograr su obtención.

Sin desconocer el aislado antecedente *Brow v. Mississippi* (1936), en el que en atención a la gravedad de los hechos (tortura para obtener la declaración del procesado) se anuló el proceso penal Estatal, en el caso *Malloy v. Hogan* (1964) la Corte Suprema extendió a los Estados federados su criterio sobre el carácter forzado de la autoincriminación. De ahora en adelante, para determinar la aplicación de la regla de exclusión en virtud de la Quinta Enmienda debe utilizarse la llamada técnica de ponderación de intereses, en la que se busca analizar los costos y

destruidos, extraviados o deteriorados tiempo atrás. Si se excluyesen, los testigos disponibles al tiempo del juicio original no estarían disponibles o, si se les localizase, sus recuerdos se habrían oscurecido. Legitimar de este modo un arma procesal tan extraordinaria que no aporta nada a la cuestión de la culpabilidad seriamente la administración de Justicia” (tomado de Fidalgo Gallardo, p.200)

beneficios de la exclusión de la prueba (Fidalgo Gallardo, 2000, p. 105). El uso de la fuerza o amenazas, la presión psicológica, las promesas de indulgencia o el engaño, son circunstancias determinantes para evaluar el carácter forzoso de la confesión.

La Sexta Enmienda de la Constitución federal establece el derecho a la asistencia de abogado: “[e]n todos los procedimientos penales, el acusado disfrutará del derecho [...] a tener la Asistencia de Abogado para su defensa”²⁹.

Los hechos relevantes de *Massiah* (1964). Colson y Massiah, dos ciudadanos contra los que se había proferido *indictment* por el delito federal de tendencia de drogas y habían quedado en libertad bajo fianza, son los protagonistas. Colson decidió colaborar con la justicia y accedió a colocar en su vehículo un radiotransmisor para que los policías pudieran escuchar y grabar conversaciones. Massiah y Colson sostuvieron una larga charla dentro del automóvil en la que el Massiah realizó múltiples afirmaciones incriminatorias. Las grabaciones fueron utilizadas en el juicio, el Jurado declaró culpable a Massiah, el Tribunal de Apelaciones confirmó la condena. La Corte Suprema anuló la condena con base en la Sexta Enmienda de la *Bill of Rights*, considerando que la garantía a la asistencia de abogado se activa una vez inicia formalmente el proceso penal, por lo que no pueden buscarse declaraciones del procesado en ausencia de abogado, menos por medio de actuaciones provocadoras como las que se presentaron en el caso. Pero la posición no fue pacífica, tres jueces se apartaron de la decisión mayoritaria.

I.7.5 Nacimiento de la *fruit of the poisonous tree doctrine*

Luego de *Weeks* (1915), pese a las duras críticas que generaba en la comunidad jurídica y política estadounidense, la regla de exclusión era una realidad incontrovertible e inatajable: la evidencia obtenida inconstitucionalmente debe excluirse sin importar su capacidad demostrativa. A la Corte esta consecuencia no le bastó; la teoría del árbol venenoso, o en inglés *fruit of the poisonous tree doctrine*, iba más allá: la evidencia indirecta o derivada, es decir, la que se obtiene en razón de la evidencia directa, también debe excluirse.

Esta teoría trae aparejado principalmente un problema: la relación de causalidad entre el fruto y el árbol envenenado. La exclusión de la evidencia indirecta exige analizar su conexión causal y jurídica con la evidencia directa, y de esta con el acto violatorio de la garantía constitucional.

²⁹ Traducción tomada de la tesis doctoral de Fidalgo Gallardo (2000, p.107)

Este problema será analizado ampliamente en el capítulo referente a los presupuestos configurativos de la evidencia ilícita.

Silverthorne Lumber & Co. v. United States (1920) no es el origen de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, como suele afirmarse³⁰, pero sí un antecedente muy importante. En este caso no se acuñó la analogía metafórica del árbol envenenado con el que hoy se conoce ampliamente la teoría y tampoco se analizó propiamente la exclusión de evidencia autónoma derivada.

El caso *Silverthorne Lumber* (1920) consistió en un registro sin orden judicial de las oficinas de *Silverthorne Lumber & Company* en donde se incautaron algunos documentos (libros de contabilidad y de comercio); un juez ordenó la exclusión de la evidencia y la devolución a sus propietarios aplicando como fundamento el precedente *Weeks*. Aunque el Fiscal cumplió con la devolución, previo a ello tomó fotocopias de los documentos. El proceso penal inicial fue sobreseído (en el lenguaje del proceso penal colombiano, precluido), pero con apoyo de las copias referidas se inició un nuevo proceso en el que resultó sentenciada la Corporación maderera por desacato (*contempt*) al negarse a cumplir la orden del juez de aportar los documentos originales. La decisión de la Corte, en la que actuó como ponente el juez Oliver Wendell Holmes, resolvió aplicar la *exclusionary rule* sobre la evidencia derivada (fotocopias). La razón por la cual la sentencia que resolvió el caso *Silverthorne Lumber* no puede ser considerada como el origen de la teoría del árbol ponzoñoso radica en la falta de autonomía de la evidencia derivada. Las fotocopias corresponden a una mera réplica de la evidencia documental ilícita directa, mas no a una evidencia independiente en el plano ontológico. Por lo tanto, el caso no se trató realmente de un juicio acerca de la trasmisión de ilicitud de una evidencia ilícita directa a una derivada, sino más bien de una evidencia ilícita original a su fotocopia. Sin embargo, es un antecedente fundamental en el nacimiento de la teoría del *fruit of the poisonous tree doctrine* pues se dijo expresamente en la sentencia: “[1]a esencia de una norma que prohíbe la obtención de pruebas de una determinada manera no es solamente que las pruebas así obtenidas no puedan utilizarse ante los Tribunales, sino que esas pruebas no puedan ser utilizadas en absoluto”³¹.

³⁰ Sostienen esta postura, entre otros: Miranda Estrampes (2013, p. 298).

³¹ Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p.434).

La analogía de la trasmisión del veneno a los frutos por el árbol ponzoñoso para explicar el fenómeno de la exclusión de la evidencia derivada se utilizó por primera vez en la sentencia que resolvió el caso *Nardone v. United States* (1937)³². En la sentencia fungió como juez Félix Frankfurter, quien es considerado el padre de la analogía.

Ahora bien, es de advertir que desde el mismo nacimiento de lo que ha sido llamado por la doctrina hispana como la teoría de la prueba ilícita derivada o refleja, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos fue creando paralelamente criterios para analizar la relación de causalidad entre el acto contrario a los derechos fundamentales, la prueba directa y la prueba derivada. Es frecuente catalogar estos criterios como excepción a la cláusula de exclusión, sin embargo, como se explicará más adelante, en realidad se trata de criterios negativos de causalidad o imputación que de presentarse permiten concluir jurídicamente que la prueba derivada no fue hallada en razón a la información de la prueba directa.

En la medida que en un capítulo subsiguiente de este trabajo se aborda el análisis de los criterios de aplicación de la cláusula de exclusión, allí se estudiarán detenidamente los criterios creados por la jurisprudencia estadounidense, así como los creados por la jurisprudencia de los tribunales de los países europeos y latinoamericano.

I.7.6 Desconstitucionalización de la *exclusionary rule*: análisis del caso *United States v. Calandra* (1974)

El fallo *United States v. Calandra* de 1974 resulta de especial interés en la historia jurisprudencia de la regla de exclusión norteamericana especialmente por dos razones: se delimita el escenario donde es aplicable la exclusión de prueba y se fija su naturaleza normativa.

El problema jurídico central de la sentencia *Calandra* (1974) consistió en la aplicación de la regla de exclusión de evidencia ilícita, obtenida violando los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda, en las actuaciones judiciales adelantadas ante el Gran Jurado (*Grand Jury*). La Corte Suprema, luego de analizar la historia, justificación y funciones de Grand Jurado en el proceso penal estadounidense, así como de realizar una ponderación de intereses, optó por negar la aplicación de la regla de exclusión en este escenario, admitiendo en consecuencia que las

³² Este caso también es el origen del criterio *attenuation doctrine* (vínculo atenuado), el cual será explicada en detalle en el capítulo IV.

pruebas obtenidas mediante violación de garantías constitucionales en registros, arrestos y confiscaciones pueden servir de fundamento para la toma de sus decisiones.

Pero más allá de delimitar al ámbito de aplicación a un escenario procesal determinado, la sentencia *Calandra* (1974) fija un criterio sobre la naturaleza y razón de ser de la regla de exclusión que ha llevado a la doctrina a sostener que esta sentencia es el inicio de su desconstitucionalización (Fidalgo Gallardo, 2003). Hasta antes de este caso las tesis expuestas sobre la naturaleza y jerarquía jurídica de esta figura se reducen a por un lado sostener que se trata de una norma de fundamento constitucional directo, exigida implícitamente por la *Bill of Rights*, y por el otro considerarla como un remedio disuasorio creado por la jurisprudencia, que incluso podría ser sustituido por otro. Como salta a la vista, se trata de posiciones radicalmente opuestas. En *Calandra* la Corte Suprema de Estados Unidos se inclinó definitiva e inequívocamente hacía la última posición al sostener que:

La regla de exclusión, en virtud del cual las pruebas obtenidas en violación de la Cuarta Enmienda o los frutos de tales pruebas no pueden ser utilizados en un proceso penal en contra de la víctima de la búsqueda e incautación ilegales, es un remedio judicial creado por objeto la salvaguardia de la Cuarta Enmienda los derechos en general, a través de su efecto disuasorio sobre el futuro comportamiento de la policía ilegal, en lugar de un derecho constitucional personal de la parte perjudicada³³.

La tesis de la regla de exclusión como mero remedio disuasivo, junto con la aplicación de la técnica de ponderación de intereses en juego (análisis de costo o beneficio), llevó a que la Corte Suprema en sentencias como *United States v. Janis* (1976) y *INS v. Lopez Mendoza* (1984) a considerar que la *exclusionary rule* solo era aplicable es causas penales para efectos del análisis de la responsabilidad penal de acusado, y no en asuntos civiles o administrativos. En la primera sentencia la Corte Suprema consideró que:

La regla de exclusión creada judicialmente no debe extenderse a prohibir el uso en el proceso civil de un soberano (en este caso el Gobierno Federal) de las pruebas tomadas ilegalmente por un agente de la ley penal de otro soberano (en este caso el gobierno del

³³ Traducción libre.

estado), ya que la probabilidad de disuadir la conducta policial a través de una norma de este tipo no es suficiente para compensar los costes sociales impuestas por la exclusión³⁴.

En el segundo caso la Corte basó la negativa de aplicar la regla de exclusión en un trámite judicial de deportación en la ponderación de intereses: “Bajo la prueba de equilibrio aplicado en *United States v. Janis*, con lo que los beneficios sociales probables de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente se comparan con los costos probables, el equilibrio se manifiesta en contra de aplicar la regla de exclusión en proceso de deportación civiles”.

Todo lo anterior ha llevado a que a un sector de la doctrina afirme que luego de estas sentencias la regla de exclusión realmente “no prohíbe la introducción de las pruebas ilícitamente obtenidas en todo proceso o contra toda persona”, puesto que únicamente operará en aquellos casos en donde “se estime que su aplicación va a servir de modo más efectivo a lograr ese efecto disuasorio, por lo que si la aplicación de esta regla no se deriva de modo claro dicho efecto, entonces su uso en esa situación no se producirá” (Eusamio, E. & Sánchez, A., 2016, p. 102).

I.7.7 Expansión de la regla de exclusión: más allá de las fronteras de Estados Unidos

A partir de la consolidación de la regla de exclusión en Estados Unidos, con el auge de la teoría de los derechos humanos en el mundo occidental, así como de la adopción de modelos de estados sociales de derecho, países europeos y latinoamericanos empezaron a adoptarla, algunos por medio de la emisión de leyes en donde expresamente se establecían las reglas de exclusión y otros por vía de los tribunales judiciales de cierre. El momento histórico era el propicio para la expansión de esta figura jurídica.

A mediados del siglo XX el derecho estadounidense había dado una nueva respuesta a la difícil pregunta acerca de cuáles son o deberían ser las consecuencias procesales derivadas de la existencia de irregularidades de relevancia constitucional a lo largo de la actividad probatoria³⁵. Y la novedad se expandió rápidamente por todo el mundo occidental. Un punto a resaltar en este

³⁴ Traducción libre. Esta idea es reiterada en varias ocasiones en la sentencia, poniendo incluso en duda la funcionalidad disuasoria de la regla de exclusión: “Si la regla de exclusión es un elemento de disuasión aún no ha sido demostrada. Suponiendo, sin embargo, que es un elemento de disuasión, entonces su uso en situaciones en las que se aplica ahora hay que considerar que es suficiente para lograr su propósito, porque el oficial de policía local ya está “castigado” por la exclusión de la prueba, tanto en el estado y los juicios penales federales. La disuasión marginal adicional proporcionada por su extensión en casos como éste no compensa los costes sociales de exclusión de pruebas pertinentes”.

³⁵ Con excepción a la relevancia constitucional de la irregularidad, la pregunta es tomada de la obra de Carlos Fidalgo Gallardo (2000. p. 10).

fenómeno expansionista es el relativo a las vías de adopción de los países receptores; tal como lo señala la profesora Teresa Armenta Deu (2011), las adopciones varían “desde su elevación e inclusión en la misma Constitución; la creación y/o regulación normativa de una categoría jurídica *ad hoc*; la existencia de un régimen legal procesal al efecto incorporando la regla de exclusión en textos procesales u orgánicos o recurriendo a las prohibiciones de utilización; o finalmente, la mera remisión a la categoría general de las nulidad procesales” (p.35).

Luego de realizar un análisis comparativo y crítico de múltiples ordenamientos jurídicos, la profesora española Teresa Armenta Deu (2011, p. 35-63) advierte que los Estados regulan el fenómeno de prueba ilícita de al menos cuatro formas diferentes: i) inclusión de prohibiciones probatorias en la Constitución, ii) otorgamiento de un régimen normativo *Ad Hoc*, iii) la ilicitud probatoria en la legalidad procesal ordinaria y, por último, iv) ausencia de previsión normativa específica de una regla de exclusión. Dentro del primer bloque se encuentran ordenamientos jurídicos como el de Portugal (Constitución portuguesa de 1976, art. 32), Brasil (Constitución Federal de Brasil, art. 5, inciso LVI), Colombia (Constitución Política de Colombia, art. 29), México (Constitución de Los Estados Unidos de México, art. 20. IX). Dentro del segundo, puede mencionarse al Derecho Italiano, que edificó el régimen particular de la *inutilizzabilità* probatoria con el *Codice di Procedura Penale* de 1988, o el holandés con la promulgación del Código de Procedimiento Penal de 1996. En el tercer bloque pueden encontrarse sistemas jurídicos como el de Estados Unidos de América, Chile, España, Alemania y Uruguay. Por último, en el último puede mencionarse el caso de Francia o algunas providencias argentinas.

1.7.7.1 Italia

Por medio de la sentencia n° 34/1973 del Tribunal Constitucional, en la que se estudió un tema de intervenciones telefónicas, declaró la *inutilizzabilità* (inutilidad) de las pruebas obtenidas mediante métodos violatorios de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tiempo después, por medio de la promulgación del Código de Procedimiento Penal de 1988, la legislación italiana estableció expresamente la prohibición de pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales en el artículo 191: *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono*

essere utilizzate (las pruebas incorporadas al proceso violando las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas)³⁶.

1.7.7.2 Francia

Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»- en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada». En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas».

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la inefectividad procesal «de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la Ley».

1.7.7.3 España

Antes de la Constitución de 1978, el Derecho español se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente (Armenta Dea, 2014, p. 184). Ante el nuevo marco constitucional doctrina y jurisprudencia española generaron un debate en torno a la exclusión de prueba: el punto en discusión era si la Constitución del 78, que adoptó el

³⁶ Datos tomados de la obra de Teresa Armenta Deu (2011, p. 42)

modelo de estado social y democrático de derecho, traía consigo una especie de regla de exclusión de prueba.

Aunque no es asimilable ni en duración ni en intensidad, el debate español, al igual que el estadounidense, demuestra que desde sus inicios la tesis de exclusión de prueba no fue un tema pacífico. Y como se verá más adelante, la división entre partidarios y opositores aún persiste.

Los autos 173 y el 289³⁷ de 1984 preferidos por el Tribunal Constitucional son muestra de la negativa inicial de adoptar la regla de exclusión por parte de la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional española. España se resistía a sacrificar la eficacia de su sistema de enjuiciamiento criminal. Pero la resistencia duro poco.

³⁷ España. Tribunal Constitucional de España. Auto 173/1984, 21 de marzo y auto 289/1984, 16 mayo. En lo pertinente las providencias son idénticas pues se ambos resolvieron solicitudes similares en el marco de una mismo caso. “La demanda de amparo invoca como principio general de Derecho el deber de prohibir al Juez o Tribunal penal utilizar a las partes que las aporten al proceso medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidas o empleando procedimientos reprobables moralmente, y estima que tal principio debe aplicarse a la documentación que confiada judicialmente en custodia a una firma de abogados ingleses, les «fue sustraída», «incurriendo en engaño, abuso de confianza y grave infracción jurídica», porque siendo en gran parte esa documentación aportada al sumario, así como también la ocupada por el Gobierno al expropiar la empresa «Rumasa», sirvió sustancialmente para extraer de ellas los indicios racionales para el procesamiento, por lo que se solicita la nulidad de las resoluciones judiciales que decretaron tal medida y la confirmaron. Pero dicha argumentación no puede ser admitida con la finalidad pretendida: a) porque no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque, a su vez, dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente, como se dijo, norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen; c) porque, además, no consta se haya planteado por el recurrente dicho tema ante el Juzgado Central y en apelación ante la Audiencia, pues ninguna de las dos resoluciones recurridas se refieren a él en absoluto, y la de apelación estudia todas las cuestiones alegadas por las partes con minuciosidad y fundadamente, por lo que se ha traído ante este Tribunal Constitucional per saltum como tema nuevo, contrariando lo dispuesto en el art. 44.1 a) y c) de la LOTC, que hace a esta vía de amparo subsidiaria; d) porque en todo caso serían necesarias expresas declaraciones de los Tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito, para poseer el indispensable soporte fáctico-judicial sobre el que poder apoyar consecuencias jurídicas como la alegada, al no servir la mera invocación y estimación de la parte por sí sola, en cuanto supone una simple alegación a la que no pueden unírsele consecuencias, y e) porque, finalmente, de haberse superado todas esas ausencias, se trataría de un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal, que incluso podría ser objeto de la fase plenaria del proceso penal, por rebasar el contenido instructorio del sumario, en donde podría valorarse dicho origen y el alcance de las pruebas a través del amplio contenido de convicción psicológica que permite el art. 741 de la L. E. C., para señalar la culpabilidad o inocencia que fuere procedente proclamar. Todo lo que en conclusión determina la clara inexistencia de defecto abstractamente alegado de no haberse otorgado al actor un proceso con todas las garantías legales.”

El 29 de noviembre de 1984, pocos meses después de las providencias en sentido negativo, el Tribunal Constitucional dio un sorpresivo viraje: la sentencia STC 114/1984³⁸ (Magistrado Ponente: D. Luis Díez-Picazo) consideró que en algunos casos la prueba de origen antijurídico genera una imposibilidad de estimación procesal³⁹. Sin embargo, advirtió el Tribunal que:

(...) no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente 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 la 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).

³⁸ Los hechos jurídicamente relevantes de este caso fueron los siguientes: la justicia ordinaria consideró procedente el despido de un trabajador por infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe en las relaciones con la empresa empleadora; para tomar tal decisión los jueces ordinarios tuvieron en cuenta, de manera exclusiva, la grabación de una conversación que el antiguo trabajador tuvo con un funcionario del Estado. La grabación fue tomada por el interlocutor del trabajo sin conocimiento de este (subrepticamente).

³⁹ Es importante resaltar que previo a esta sentencia existían en el ordenamiento jurídico español normas prohibitivas de valoración probatoria, pero en estas “no solucionaba, ni mucho menos, la totalidad de situaciones reales que en el marco de una investigación penal y posterior enjuiciamiento pueden producirse” (Planchadell Gargallo, 2014, p. 34); en el mismo sentido se pronuncia Gómez Colomer (2010) quien sostiene que: “no era suficiente con este tipo de normas, siempre aisladas y que no permitían llegar a conclusiones seguras en todos los casos. El caos interpretativo respecto a su eficacia en el proceso penal sobre todo era y es también notable. Es más, de hecho, en la práctica era más frecuente en estos casos observar cómo el criterio de hallar la verdad material se imponía al de la prueba ilícitamente obtenida, lo que significaba su admisión y valoración”(p. 20-21). Ejemplo de este tipo de normas: i) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1989, la obtención de una confesión del acusado mediante tortura (art. 338), que hoy se encuentra en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978; ii) imposibilidad de tomar en consideración la declaración testifical de la esposa del procesado, u otros parientes, si no se le ha advertido previamente de que no tiene obligación de declarar.

Tal como sucedió en Estados Unidos, el nacimiento de la exclusión de prueba en España se debió a una decisión judicial, y no a una determinación del Legislador. Por lo tanto, la génesis de esta institución jurídica ha estado la mayor de las veces sometida a los vaivenes de la jurisprudencial⁴⁰, quienes dentro del marco del paradigma de la constitución como norma jurídica la han creado, en el sentido literal de la palabra, con base en una especie de ontologismo constitucional: pese a no estar consagrada expresamente, la exclusión de prueba ilícita se encuentra implícita en la Constitución en la medida que subyace a la estructura visible de los derechos constitucionales, y su funcionalidad impresionable reside en garantizar una real y efectiva protección de estos derechos⁴¹.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 114/1984 advierte que la aplicación de la regla de exclusión de evidencia ilícitamente obtenida genera un conflicto de principios constitucionales, que debe resolverse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso: “Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita”⁴².

Ahora, si no existe una especie de derecho constitucional a la exclusión de prueba ilícita, ¿cuál fue el fundamento jurídico utilizado por el Tribunal para considerar que en ciertos casos es aplicable una sanción de imposibilidad de valoración de prueba?, y ¿qué se necesita para que se presenten esos casos? La respuesta a la primera pregunta, según el Tribunal, es “un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad

⁴⁰ En la doctrina española, en ese sentido se pronuncia Andrea Planchadell Gargallo (2010).

⁴¹ Esta idea es reiterada por el Tribunal Constitucional; por poner tan solo un ejemplo, en sentencia 50/2000 se dijo: “... 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.a CE)”

⁴² En otro apartado de la sentencia, el Tribunal reitera esta idea: “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución)”; por lo tanto, “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”⁴³. Más allá de resaltar que la aplicación de la exclusión de prueba requiere el análisis de las particularidades de cada caso, la sentencia no ofrece verdaderos criterios racionales para distinguir entre los casos en los que sí es viable la aplicación de esta consecuencia jurídica de los que no.

Si bien la sentencia STC 114/1984 es considerada como la génesis de la exclusión de la prueba por las irregularidades en su obtención, es importante resaltar que pese a desarrollar el concepto, el Tribunal no aplicó la exclusión a la prueba documental grabaciones. Para este trabajo cobra un especial valor las razones que llevaron el Tribunal a negar la aplicación de exclusión de la prueba.

La característica diferenciadora de la prueba ilícita reside en su obtención irregular de orden constitucional. Razones para no tener en cuenta una prueba existen: redundancia, falta de pertinencia, falta de necesidad por recaer sobre un hecho presumido o no controvertido, pero lo que hace diferente estas circunstancias de la exclusión por obtención ilícita reside en la afectación directa que esta última genera a un derecho fundamental. Por tanto, además de la demostración de la irregularidad, el primer presupuesto a verificar en el juicio de exclusión probatoria debe ser el rango fundamental de la irregularidad. Precisamente esto fue lo que luego de un análisis del derecho a la intimidad, contemplado en el artículo 18 de la constitución española, consideró el Tribunal no se presentaba: “Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (...)”. Ante la falta de violación de un derecho fundamental, no es dable la aplicación de la exclusión de la prueba.

⁴³ Sobre esta misma idea, reitera la sentencia que: “Tal afectación 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 al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre 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.”

Luego de la sentencia STC 114/1984 se generó un efecto de positivización de la regla exclusión sin mayores restricciones o, en palabras del profesor Carlos Fidalgo Gallardo (2003), el “paseo triunfal” de la tesis estadounidense en el derecho español: “a esa fundamental sentencia siguió casi sin solución de continuidad el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985⁴⁴, y posterior y sucesivamente preceptos como el artículo 44 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje; el artículo 793.2 LECrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre; el artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral; los artículos 36.1.b) y 54.3 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; o los artículos 283.3⁴⁵, 287⁴⁶ y 433.1 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ” (p. 18-19).

La segunda providencia que resulta pertinente reseñar es la sentencia del Tribunal Constitucional 85 del 14 de marzo de 1994, magistrado ponente Dr. Fernando García-Mon, por medio de la cual el ordenamiento jurídico español aplicó el régimen de prueba ilícita derivada por primera vez en un caso en concreto –téngase en cuenta que para ese momento estaba vigente el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reguló expresamente el fenómeno–. El caso trató de interceptaciones telefónicas ordenadas inicialmente con autorización de juez por un periodo de tiempo determinado, pero al vencerse el límite del tiempo inicial las prórrogas no fueron sometidas a control judicial. Las pruebas derivadas de las intervenciones telefónicas después del vencimiento del término ordenado en debida forma eran las únicas que incriminaban a los acusados. El Tribunal Constitucional concluyó que no sólo las interceptaciones son ilegítimas, sino que todo elemento de conocimiento que se derive de ellas también son

⁴⁴ España. Ley Orgánica del Poder Judicial, 1985. Artículo 11.1. “En todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

⁴⁵ España. Ley de enjuiciamiento civil, Ley 1 del 7 de enero de 2000. Artículo 283.3. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.

⁴⁶ España. Ley de enjuiciamiento civil, Ley 1 del 7 de enero de 2000. Art. 287. Ilícitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

ilegítimos en virtud de lo que denominó la prueba inconstitucionalmente derivada que supone el reconocimiento de la teoría de los frutos del árbol envenenado de origen estadounidense⁴⁷; como quiera que la justicia ordinaria utilizó los elementos de conocimiento ilegítimos para fundamentar la condena, procedió a anular las sentencias emitidas en primera instancia por la Audiencia Provincial de Santander y en segunda por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Sin embargo, pese al fenómeno de positivización de la regla de exclusión, que puede ser catalogado en términos de aceptación como un aparente éxito de esta institución en el ordenamiento jurídico español, debe resaltarse que desde su propio nacimiento en la sentencia STC 114/1984 la exclusión de prueba española ha experimentado un fenómeno de reduccionismo por medio del reconocimiento de múltiples criterios que en la práctica restringen considerablemente su aplicación. Tal como señala Andrea Planchadell Gargallo (2014), la evolución de esta figura en el derecho español:

“viene marcada por un claro movimiento pendular: Del carácter garantista de las dos primeras sentencias analizadas en las que se declara que será nula toda prueba obtenida directa e indirectamente vulnerando derechos fundamentales, lo que conlleva la casi automática exclusión de las mismas del proceso, se pasa por nuestros Tribunales a la introducción y consolidación de toda una serie de excepciones que permiten –cuando concurren ciertas condiciones– la consideración de dicha prueba por los tribunales” (p. 15).

Los criterios, mal llamados excepciones, fijados por la jurisprudencia española para la aplicación de la exclusión de prueba serán analizados en detalle en el capítulo relativo a los insumos foráneos para la construcción de un juicio de imputación entre acto ilícito, evidencia directa y evidencia derivada.

1.7.7.4 Argentina

Siempre que se aborda el tema de la génesis de la regla de exclusión las miradas señalan a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Y aunque es indudable el papel protagónico de

⁴⁷ Sobre este tema se dice expresamente en el fundamento jurídico 4 de la sentencia que: “(...)todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)”

este Tribunal, así como en general todo el derecho estadounidense, Inglaterra y Argentina también merecen un espacio en la historia de esta institución probatoria. Tal como se vio en el capítulo II.2.1., los casos *Wilkes v. Wood* (1763) y *Entick v. Carrington* (1765) son antecedentes directos de lo que hoy conocemos como *exclusionary rule*. Ahora corresponden analizar los casos argentinos.

En 1891, el 5 de septiembre, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió el caso “Charles Hermanos”. Según explica el profesor Fernando Poviña (2013), el caso trataba sobre unos documentos secuestrados e incorporados al proceso sin tener en cuenta las prescripciones vigentes de la ordenanza de aduana. Sostuvo la Corte Suprema que la prueba era “el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles” (p. 42).

Luego del fallo “Charles Hermanos” se presentó casi un siglo de silencio sobre la exclusión de pruebas por obtención ilícita⁴⁸. Fue hasta comienzo de la década de los 80, con la resolución de los casos Montenegro (1981) y Fiorentino (1984), que la Corte Suprema de la Nación nuevamente se pronunció sobre esta temática⁴⁹. El primero trató del uso de tortura al procesado, quien terminó dando información del lugar en donde estaban los objetos hurtados; la Corte señaló: “el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre 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” (cita tomada de Poviña, 2013, p. 43). En Fiorentino el procesado había sido detenido por policías cuando ingresaba con su novia en la entrada del edificio del departamento que compartía con sus padres, siendo capturado e inmediatamente interrogado, reconociendo espontáneamente la tenencia de marihuana en el departamento; la Corte Suprema consideró que se trató de un allanamiento ilegal y que resultaba irrazonable el “consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro” del imputado

⁴⁸ En ese sentido se pronuncia Alejandro D. Carrió (1994, p. 151-152).

⁴⁹ Sobre un análisis de estos casos véase Edmundo S. Hendler (2014).

y de sus padres, concluyendo que ante “la invalidez del registro domiciliario, igual suerte debe correr el secuestro practicado en esas circunstancias”, pues “la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciéndose valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales”.

Rayford y otros fue el siguiente caso resuelto el 13 de mayo de 1986, y es considerado por la doctrina argentina como un caso de especial relevancia, a tal punto que autores como Alejandro D. Carrío (1994) afirman que este caso: “vino a sentar principios de suma importancia en la relativo al alcance de la regla de exclusión” (p. 169). Los hechos del caso son los siguientes: le fue encontrado a un ciudadano estadounidense, Rayford, estupefacientes en su domicilio, producto de un allanamiento declarado ilegal; camino a la comisaría, Rayford entregó a las autoridades policiales la tarjeta personal del menor menor de edad, quien le había suministrado la droga, por lo que se procedió a su detención y a la de la persona que le proveía la droga, quien resultó siendo otro menor de edad. Los menores fueron absueltos en primera instancia y condenados en segunda por la cámara de apelaciones; el punto en discordia entre las instancias y el abogado de uno de los menores involucrados era la legalidad de la entrada de la policía al domicilio de Rayford. La Corte Suprema de Justicia de la Nación inició el análisis del caso advirtiendo que “la ausencia de objeción por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria que prenta llevar a cabo el presonal policial, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuento a la plena libertd del individuo al formular la autorización”⁵⁰, concluyendo que en atención a las particularidades del caso⁵¹ la diligencia de allanamiento fue ilegal, lo que implicaba la exclusión de la droga. Pero la relevancia del caso no reside en la

⁵⁰ Esta afirmación la basó la Corte en el caso ya visto Fiorentino, Diego E. (1984).

⁵¹ Fueron resumidas por la Corte de la siguiente manera: “En este sentido corresponde tener especialmente en cuenta que, en el caso, se procedió a la detención de Rayford en la vía pública y durante la madrugada, a escasos metros de su domicilio, al que penetró de inmediato la comisión policial. Pero, y ello es fundamental, esa persona era extranjera y desconocedora del idioma nacional, de modo que ante la falta de auxilio por algún intérprete, resulta extremadamente dudoso que pudiera comprender cabalmente el alcance del procedimiento que se realizaba y, en concreto, la posibilidad que tenía de oponerse a su ejecución. Cabe concluir, pues, que en estas condiciones, la mera ausencia de reparos no puede razonablemente equipararse a una autorización válida. Como consecuencia de lo expuesto debe desecharse la legitimidad de la requisa y, por ende, del secuestro que es su resultado” (1986).

exclusión del estupefaciente tipo marihuana encontrada, pues pronunciamiento en ese sentido ya existían, sino en “en qué medida la ilegitimidad inicial del procedimiento afecta la validez de los actos subsiguientes; hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos nulifantes”. Al adentrarse al estudio de este tema, la Corte reitera⁵² que “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. (...) Pero dicha regla, no obstante su categórica formulación, admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional”.

Del concurso de factores que puedan a llegar ser relevantes, en el caso Rayford la Corte se ocupó de analizar el fenómeno de la aportación directa de las personas a través de sus dichos, afirmando que: “por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla”. La Corte se da a la tarea de fijar criterios para evaluar la relevancia de voluntad autónoma del declarante, mencionando aspectos como el grado de libertad del declarante, el vínculo inmediato entre la ilegalidad y el testimonio, la concatenación causal de los actos, y la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. La Corte resolvió absolver a Reginald R. Rayford, así como a los dos menores implicados, puesto que:

B. quedó vinculado a la investigación como efecto exclusivo del procedimiento ilegítimo en el que se secuestró el estupefaciente, desde que esa circunstancia determinó las manifestaciones de Rayford y la consecuente incriminación de aquél. No hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso, abarcando también el reconocimiento del propio B. en tanto ello es consecuencia directa de su ilegítima vinculación al sumario. También deben caer los dichos L.S. por los mismos motivos, pues se lo incorporó a los autos a través de las explicaciones de B.

⁵² Otra de las ideas reiteradas por la Corte es el conflicto de interés que implica la aplicación de la regla de exclusión: “la materia en examen siempre encierra un conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad, como lo son el de una rápida y eficiente ejecución de la ley y el de prevenir el menoscabo de los derechos individuales de sus miembros a raíz de la aplicación de métodos inconstitucionales por parte de quienes se encuentran encargados de resguardar su cumplimiento”.

Otro de los puntos a resaltar de este caso es el relativo a la legitimación para solicitar la exclusión en casos de violación al derecho a la intimidad. Tal como afirma Fernando Poviña (2013, p. 45), la Corte Suprema realiza un razonamiento de suma importancia en este caso, pues admite la legitimación del menor B. para recurrir –no obstante discutirse el allanamiento sin orden a la morada de otra persona–, sobre la base de que se encuentra amparado por “la garantía del debido proceso”. Recuérdese que el recurso extraordinario de casación fue interpuesto por la Defensa de uno de los menores de edad, y no por la de Rayford.

El siguiente fallo citado por la doctrina argentina como de especial importancia en el desarrollo de la regla de exclusión es “Ruiz,Roque” (1987) . El caso trató de un delito de robo calificado; sentencia condenatoria en primera y segunda instancia, fundamentada en que los presuntos apremios ilegales sufridos por el justiciable (se refiere al procesado Ruiz) determinaban la invalidación de la declaración extrajudicial obtenida mediante el empleo de violencia, pero no las demás pruebas obrantes en el proceso penal. La Corte Suprema de Justicia al estudiar el recurso extraordinario presentado por la Defensa modificó la sentencia condenatoria argumentando que si bien “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional de aquélla”; por lo tanto, a fin de apreciar la proyección de ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio “debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional, que atiende a las reglas de la lógica y de la experiencia social”, y tenerse en cuenta “la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas”. Con fundamento en la tesis de la exclusión de la prueba directa y derivada, al Corte absolvió al procesado por uno de los cargos; en lo demás, confirmó la sentencia condenatoria, alegando que en los otros casos: “la condena pueda sustentarse en otros medios de prueba y constancias del proceso que son independientes de las manifestaciones irregulares, y que han sido obtenidos de manera objetiva y directa”.

Los casos judiciales analizados son el inicio de la adopción de la consecuencia jurídica de la exclusión de prueba por actividades irregulares en el transcurso de la obtención de evidencia que afecten derechos fundamentales en el derecho argentino. Luego de estos casos, el estado de

la jurisprudencia puede catalogarse como una reiteración constante de su reconocimiento⁵³, más allá del uso de matizaciones en su aplicación, las cuales serán analizadas en el capítulo relativo a los criterios de admisibilidad de evidencia ilícita.

A diferencia de otros ordenamientos constitucionales, como el de Portugal, Brasil, México o Colombia, la Constitución Argentina no consagra expresamente una disposición normativa relativa a la consecuencia en casos de prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Sin embargo, doctrina⁵⁴ y jurisprudencia han manifestado que la regla de exclusión se encuentra implícita en el artículo 18, norma que contiene la garantía al debido proceso.

En la medida que Argentina se encuentra organizada por un sistema político federal, el ordenamiento jurídico cuenta con una Constitución Nacional y un Código Procesal Penal Federal, así como tantas Constituciones y Códigos como provincias existiese. A continuaciones se hace referencia a normas jurídicas de algunas de las providencias argentinas.

La Constitución de la provincia de Córdoba, que data de 1987, establece: “(...) No pueden servir en juicio las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos. Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella” (art. 41). Se trata de una de las normas como mayor riqueza descriptiva, pues en ella se ve reflejadas teorías como la exclusión de la prueba derivada y la relación de causalidad entre esta, el acto ilícito y prueba directa. La Constitución de la provincia de Chabut tiene una norma similar: “Los actos que vulneran las garantías reconocidas por la Constitución Nacional y por la presente carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella” (art. 46). También consagra una disposición expresa la Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Son nulos los actos que vulneren

⁵³ Entre otros: caso Francomano, Alberto D. (1987), caso Daray (1994), caso Quaranta (2010). La regla de exclusión también fue acogida por los tribunales inferiores argentinos, tal como lo explica Fernando Paviña (2013, p. 53-59).

⁵⁴ En palabras de Fernando Paviña (2013): “la regla de exclusión o prohibición de valoración probatoria es consecuencia necesaria de la vigencia, en el derecho positivo argentino, de la garantía del debido proceso legal adjetivo consagrado en el art. 18 de la Const. nacional” (p.154).

garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos” (art. 13.4).

En lo que respecta a la regulación legal, el Código Procesal Penal Federal argentino no contempla norma expresa referente a la regla de exclusión, lo que no significa que no se aplique a nivel federal, pues los tribunales hacen uso de la norma de la Constitución Federal ya vista y del régimen de nulidades contemplado en este Código (art. 166 a 173) para fundamentar legalmente su aplicación. Ya a nivel local la constante es el establecimiento de normas procesales relativas a la exclusión de la prueba: el Código Procesal Penal de Tucumán (artículo 195⁵⁵), el de Catamarca (artículo 216⁵⁶), el de Córdoba (artículo 194⁵⁷), el de Buenos Aires

⁵⁵ Argentina. Provincia de Tucumán. Ley 6203 de 2010, por medio del cual se expide el Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán. Art. 195. Exclusiones probatorias. No podrán ser valoradas en contra del imputado todas aquellas pruebas que resulten de la violación de una garantía constitucional acordada en su favor o las que se obtengan a partir de su declaración prestada en ausencia del defensor, siempre que, con arreglo a las circunstancias del caso, sean consecuencia necesaria de aquellas y no hubiesen podido ser obtenidas de otro modo.

Adicional a lo anterior norma, este Código también contempla una norma relativa a la interpretación según la cual: Art. 3. Interpretación restrictiva. Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso o establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias

⁵⁶ Argentina. Provincia de Catamarca. Ley 5097 de 2003. Art. 202. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ellas.

⁵⁷ Argentina. Provincia de Córdoba. Ley 8123 de 1991. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(artículo 202⁵⁸), el de Chaco (artículo 193⁵⁹), el de Mendoza (artículo 207⁶⁰), el de Chubut d (art. 26⁶¹) y el de Santa Fe (artículo 162⁶²).

Otro tanto ocurre con los nuevos códigos procesales de varios países latinoamericanos. A título de ejemplo cabe mencionar el de Costa Rica de 1996 (artículo 181), el de Bolivia de 1999 (artículo 13) o el de Colombia de 2005 (artículo 23). Lo mismo cabe decir de la reforma implantada en Brasil en 2008 (artículo 157) que responde a una disposición expresa de la constitución dictada en 1988 (artículo 5, LVI). En el entorno de Europa continental se verifica la misma innovación en la disposición contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en España (artículo 11, 1º) que data de 1985 y en el código de procedimiento penal italiano dictado en 1988 (artículo 191).

La historia jurídica argentina tiene particularidades interesantes. Si bien inicialmente, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, fue una colonia española, Argentina se independizó gracias a la ayuda de Inglaterra, recibiendo no sólo un auxilio militar en busca de la independencia, sino también una considerable influencia cultural inglesa.

Ahora bien, pese a la tendencia de mediados y finales del siglo XX de adoptar por parte de los países occidentales las tesis de exclusión probatoria, los tribunales estadounidenses en la actualidad, que como ya se mencionó son el epicentro del nacimiento y desarrollo de las reglas

⁵⁸ Argentina. Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922 de 1997. Art. 211. Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales.

Al igual que el de la provincia de Tucumán, el artículo 3 de Código bonaerense dispone: art. 3. Interpretación. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente.

⁵⁹ Argentina. Provincia de Chaco. Ley 4538 de 1999. Art. 193. Exclusiones probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fuera consecuencia necesaria de ella.

⁶⁰ Argentina. Provincia de Mendoza. Ley 6.730 de 1999. Art. 207. Exclusiones probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

⁶¹ Argentina. Provincia de Chubut. Ley 5.478 de 2010. Art. 16. Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaño o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito, sin importar que haya sido obtenida por particulares o por funcionarios públicos.

⁶² Argentina. Provincia de Santa Fe. Ley 12.734 de 2007. Art. 162. Exclusiones probatorias. Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida vulnerando garantías constitucionales. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su vulneración y fueran consecuencia necesaria de ella.

de exclusión, han tomado una postura reduccionista, a tal punto que se considera que: “la tendencia del país que opera como parangón mundial en materia (hace referencia a EE.UU.) de prueba ilícita se encamina hacia la práctica eliminación de la regla de exclusión, o cuando menos a relegar su aplicación a circunstancias cada vez más excepcionales, sustituyendo su marco de protección por la adopción de remedios civiles” (Armenta Deu T. , 2014, pág. 249). Entre otros, casos como *Hudson vs. Michigan* y *Herring vs. United States* (2009) así lo demuestran; en el primero de ellos, el Tribunal de Apelaciones de Michigan consideró que la omisión por parte de los policías de la regla *knock and announce* para desarrollar registros en inmuebles no genera la exclusión de la evidencia obtenida, contrariando así la doctrina establecida en los famosos casos *Weeks vs. Colorado* y *Mapp vs. Ohio*; en el segundo, la Corte Suprema de Justicia consideró que un policía, de buena fe, puede utilizar la fuente de prueba obtenida ilegalmente por otro sin que ello genere exclusión de evidencia, sugirieron que la aplicación de las reglas de exclusión requiere la actuación dolosa del agente.

1.7.7.5 Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de la reforma constitucional de 2008 mediante el cual se introdujo el sistema acusatorio en México⁶³, establece en el apartado A, fracción IX, del artículo 20 la regla de exclusión probatoria: “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. Esta disposición guarda similitud con el inciso final del artículo 29 de la Constitución colombiana. La justificación de esta norma, según el profesor Miguel Carbonell (2011), reside en que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación penal “y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la

⁶³ Aunque la reforma introdujo una disposición expresa en la Constitución, antes de 2008 la regla de exclusión no era una figura ajena al derecho mexicano. Como señala Miguel Carbonell (2011), “ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales” (p.140). Miguel Ángel Anaya Ríos y José Luis Anaya Ríos (2016) sostienen que el primer antecedente de la regla de exclusión en México fue “emitido por Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en 1979, al resolver que un acto o diligencia de la autoridad que esté viciado resultará inconstitucional, así como los actos derivados de él o que de alguna forma estén condicionados por el mismo. Los tribunales no deben darle valor legal, ya que de hacerlo así alentarían a prácticas viciosas cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan; por otra parte los tribunales serían partícipes de tal conducta irregular al otorgarles valor legal (Tesis 252103/79)” (p. 33).

Otra sentencia frecuentemente resaltada por la doctrina mexicana como antecedente de la reforma constitucional de 2008 sobre prueba ilícita es el famoso caso *Lydia Cacho* (Natarén Nandayapa & Caballero Juárez, 2014). Sobre este caso véase el trabajo de Francisco Ibarra Palafox (2009).

que puedan hacerse acreedores de los agentes responsables de la misma” (p. 141); de no establecerse esa función “neutralizadora”, “los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales”: se trata de justificar la regla de exclusión por el supuesto efecto disuasivo de su aplicación.

Pero no sólo el mencionado artículo 20 es base normativa expresa de la regla dentro del proceso de exclusión de prueba ilícita en México. Otras tres normas de la Constitución mexicana, previas a la reforma del año 2008, hacen referencia indirecta a la imposibilidad de valoración probatoria de elementos de conocimientos obtenidos contrario a derecho. La primera es el artículo 14, pues si bien no se refiere expresamente a la regla de exclusión o a la prueba ilícita, a través del principio de legalidad entendido como parte de las “garantías individuales” contemplado en este artículo, también en el 16, “llevaba como consecuencia que la obtención de una prueba con violación de cualquier tipo o categoría de normas, pudiera ser alegado como “concepto de violación” en el juicio de amparo, en tanto constituiría, en sí misma, una violación a las garantías individuales” (Caballero & Natarén, 2013, p.1911. La segunda es el artículo 16 que establece múltiples garantías en cabeza de los procesados en el marco de investigaciones penales; al referirse al carácter inviolable de las comunicaciones privadas advierte que:

“La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley”

Este mismo artículo al referirse al acto de investigación de interceptaciones telefónicas establece que: “Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio”.

La tercera disposición es el numeral II, literal b, del artículo 20 de la Constitución que regula los derechos del imputado en el marco del “proceso penal acusatorio y oral”, concretamente el derecho a guardar silencio: “Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda

prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio”

Si bien antes de 2008 cierto sector de la doctrina mexicana ha señalaba que “el concepto de prueba ilícita no se concibe como un derecho fundamental autónomo sino como una garantía de hacer valer los derechos fundamentales” (Natarén Nandayapa, 2007, p. 124), luego de la reforma constitucional que introdujo expresamente la nulidad de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales es indudable que la regla de exclusión “se ha *constitucionalizado*” (Anaya Ríos, 2016, p.29). En ese sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional (Tesis 139/2011).

La jurisprudencia también ha generado un vínculo inescindible entre exclusión, prueba ilícita y derechos fundamentales. La prohibición de valoración probatoria por prueba ilícita requiere como presupuesto necesario para su aplicación la lesión de un derecho fundamental, por lo que no toda irregularidad normativa en la obtención o producción de la prueba generará esta consecuencia. Esta idea, que es dominante en la doctrina, se extrae de la distinción entre prueba imperfecta y prueba ilícita que ha fijado la Suprema Corte para concluir que no es aplicable la exclusión en casos como la falta de ratificación del perito en la audiencia como

requisito necesario para el perfeccionamiento de la producción de la prueba pericial (Tesis 1a. XXXIV/2016)⁶⁴; tampoco es prueba ilícita las fotografías que se descargan sin el consentimiento del titular de la cuenta de redes sociales como Facebook, puesto que si para hablar de prueba ilícita se requiere la violación de un derecho fundamental para su obtención o producción:

tomando en cuenta que dentro de las políticas de privacidad que se establecen en la red social (facebook), si bien cada usuario es libre de administrar el contenido y la información que publica o comparte, no obstante, entre esos lineamientos se establece que la fotografía del perfil "es pública", por consiguiente, quien decide usar dicha red social, asume las "políticas de privacidad" que la misma determina, entre las cuales se encuentra la citada, y en ese orden, no puede calificarse como "prueba ilícita" la obtención de la impresión fotográfica del imputado cuando, para conseguirla, la ofendida no hizo otra cosa que acceder a la red social mencionada, e introducir versiones del nombre que recordaba de su probable agresor, comportamiento que bajo ninguna perspectiva puede calificarse como ilegal o violatorio de los derechos humanos del quejoso (Tesis I.5o.P.42/2015).

Otro caso, este un tanto gracioso, que permite concluir sin temor a equívocos que la aplicación de la regla de exclusión sobre un elemento de conocimiento está directamente relacionada con la vulneración de un derecho fundamental, es el relacionado con el tamaño del papel en el que el Ministerio Público registra las actuaciones previas al inicio formal del proceso penal; por medio de tesis jurisprudencial I.9o.P. J/14 (2014) la Suprema Corte determinó que estas actuaciones: "No carecen de validez ni contravienen las formalidades esenciales del procedimiento o el derecho de defensa, por estar asentadas en papel tamaño carta y no en oficio".

⁶⁴ Se dice en la tesis jurisprudencial lo siguiente: Esta Primera Sala ha establecido, en la tesis aislada 1a. LXIV/2015 (10a.), la inconstitucionalidad del artículo 235 del Código Federal de Procedimientos Penales, por vulnerar el derecho fundamental de igualdad procesal entre las partes al eximir a los peritos oficiales de ratificar los dictámenes que ofrezcan, pero obligando a que lo hagan los de las demás partes, lo que origina un desequilibrio procesal que conduce a considerar que la opinión pericial que no sea ratificada debe estimarse imperfecta y, en tanto no cumpla con dicha condición, carente de valor probatorio alguno; sin embargo, la desigualdad procesal advertida no da lugar a considerar que los dictámenes emitidos por peritos oficiales que no son ratificados constituyan prueba ilícita que deba ser excluida del análisis probatorio correspondiente, sino un vicio formal susceptible de ser subsanado mediante la ratificación correspondiente. Ello es así, en tanto que la formalidad en cuestión no trasciende de manera sustantiva al contenido de la prueba pericial en el proceso penal, es decir, a la metodología y conclusión del dictamen, sino que se vincula exclusivamente con la imposibilidad de conferirle valor probatorio, se insiste, hasta en tanto el mismo no sea ratificado por el perito oficial que lo haya rendido. En consecuencia, a fin de restaurar la igualdad procesal entre las partes, basta con que se ordene la ratificación del dictamen, incluso en vía de reposición del procedimiento, en su caso, para que el señalado vicio formal desaparezca y pueda estar en condiciones de ser valorado por el juez.

El problema jurídico de suscitó por lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que disponía que las actas en esta etapa procesal se deberán realizar en papel tamaño oficio. Sin embargo, con justa y sobrada razón, la Suprema Corte consideró que:

“el hecho de que las mencionadas diligencias ministeriales estén elaboradas en hojas tamaño carta y no en oficio, como lo establece el numeral 277 del código mencionado (que dispone que las actas deben extenderse en ese tamaño), no tiene el alcance para determinar que lo asentado en ellas es nulo de pleno derecho o que se trate de prueba ilícita, pues el valor probatorio de las diligencias realizadas por la representación social no depende del tamaño del papel en que ésta las deja plasmadas, sino de que aquéllas no sean contrarias a las reglas establecidas en la ley para llevar a cabo su desahogo.” (Tesis I.9o.P. J/14, 2014).

Por las propias características de las normas constitucionales, especialmente las relativas a la parte dogmática, la regulación de la regla de exclusión a nivel constitucional suele ser poco descriptiva, casi siempre reducida a la consecuencia obvia de su aplicación (ya sea nulidad de las pruebas, inadmisibilidad absoluta, carencia de valor probatorio). Las constituciones de México y Colombia son un claro ejemplo de ello. La tarea de mitigar la ambigüedad y vaguedad que naturalmente dejan las normas constitucionales sobre el significado, alcance y límites de la exclusión de prueba ilícita les corresponde principalmente a fuentes del derecho como la ley y la jurisprudencia, también a la doctrina que en temas de complejidad como este juega un papel teórico fundamental. Por ejemplo, Sergio García Ramírez (2008) al advertir que el artículo 20 de la Constitución deja muchos aspectos sin aclarar plantea, entre otros, los siguientes cuestionamientos:

I) ¿en qué forma se impugnará la prueba viciada?, II) ¿se ha recogido en su amplia expresión la doctrina de los Frutos del árbol envenenado?, III) ¿la nulidad de una prueba esencial determinará la nulidad del proceso mismo?, IV) ¿cómo se reflejará esto sobre la sentencia condenatoria o eventualmente, absolutoria sustentada en la prueba viciada, en lo que respecta a los dogmas de cosa juzgada y non bis in ídem? (p. 139).

A continuación se procederá a analizar la regulación legal, tanto a nivel federal como a nivel estatal, de la regla de exclusión referida en las citadas normas constitucionales. No sobre aclarar que no se hará, por no ser el objetivo del presente trabajo, un estudio de la totalidad de los

códigos procesales vigente en México. La idea es simplemente analizar algunas disposiciones legales.

Tabla I⁶⁵			
La prueba ilícita en la legislación penal federal de México			
<i>Prueba ilícita</i>			
<i>Estudio realizado en la legislación penal federal preponderante en México</i>			
<i>Legislación federal</i>	<i>Inclusión de la definición</i>	<i>Texto normativo</i>	<i>Artículos relacionados</i>
Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) (Art. 206)	No	No	Art. 206. Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal.
Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) (Art. 264-346)	Sí	<p>Art. 263. Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.</p> <p>Art. 264. Nulidad de la prueba. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad</p>	<p>Art. 346. Exclusión de medios de prueba para la audiencia de debate. Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el juez de control ordenará fundadamente que se excluyan, de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos: Fracción II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales.</p> <p>357. Legalidad de la prueba. La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este código.</p>

Tabla II⁶⁶
La prueba ilícita en los códigos penales de las entidades federativas de Aguascalientes, Colima, Guanajuato, Michoacán y Nayarit

⁶⁵ Tabla tomada del artículo de Miguel Ángel Anaya Ríos y José Luis Anaya Ríos (2016, p. 31)

⁶⁶ Tabla tomada del artículo de Miguel Ángel Anaya Ríos y José Luis Anaya Ríos (2016, p. 32)

<i>Prueba ilícita</i>			
<i>Estudio realizado en los códigos procesales penales de las entidades federativas que conforman la región centro occidente de México</i>			
<i>Entidad federativa (región centro accidente)</i>	<i>Inclusión de la definición</i>	<i>Texto normativo</i>	<i>Artículos relacionados</i>
Aguascalientes (CPPA) (Art. 240-357)	Sí	Art. 240. Nulidad de prueba ilícita. Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo. También serán nulas las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud. No se considerará violatoria de derechos humanos y fundamentales aquel dato o prueba que provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas.	Art. 357. Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate. El juez, luego de examinar los medios de prueba ofrecidos y escuchar a los que hubieren comparecido a la audiencia intermedia, ordenará fundadamente que se excluyan, de ser rendidos en la audiencia de juicio oral, aquellos medios de pruebas impertinentes, ilícitas y los que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Del mismo modo, el juez excluirá los medios de prueba que provengan de actuaciones o diligencias que hayan sido declaradas ilícitas por haber sido obtenidos con inobservancia de derechos humanos y fundamentales, de conformidad con lo establecido en este código. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba, deberá fundar y motivar oralmente su decisión y contra ésta procederá el recurso de apelación, el cual deberá ser admitido en efecto suspensivo.
Colima (CPPC)	No	No	No
Guanajuato (CPPG)	No	No	No
Michoacán (CPPM)	No	No	No
Nayarit (CPPN)	No	No	No
Durango (CPPD)		Art. 353. Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o si fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.	

Hidalgo (CPPH)	Art.31 BIS. Solo serán admisibles como prueba, los resultados de las intervenciones que se ajusten a los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a los requisitos y límites previstos en las leyes; los resultados que no cumplan con éstos, carecerán de valor probatorio.
Oaxaca	En el caso de la legislación de Oaxaca no define la prueba ilícita, pero se invoca el artículo 20 Constitucional para efectos de que no sea admitida
Chihuahua	<p>Art. 19 señala que la prueba solo tendrá valor si ha sido obtenida y producida por medios lícitos que a su vez hayan sido incorporados al proceso siguiendo el procedimiento autorizado por el código. Continúa estipulando que no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas</p> <p>El numeral 133 del mismo ordenamiento establece los requisitos para que la declaración prestada voluntariamente por el imputado sea válida y señala que la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.</p>
Nueva León	El artículo 446 del Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León establece en su fracción III que cuando se haya tomado en cuenta una prueba ilícita o inexistente que trascienda al resultado del fallo, se podrá anular la sentencia.
Código Modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia AC. (CONATRIB)	Por lo que respecta al Código Modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia A.C. (CONATRIB), éste dedica uno solo de sus numerales para reglamentar la prueba ilícita. El artículo 252 indica que los medios de prueba ofrecidos tendrán valor cuando fueron obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme las reglas que señale el mismo ordenamiento; añade que no tendrán valor, todos aquellos que sean obtenidos por medio de tortura,

maltrato, amenaza, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, de la correspondencia, comunicaciones, papeles, ni información o cualquier otra forma en que se obtengan datos que perjudiquen o violen los derechos fundamentales de la personas a menos que favorezca al imputado. Al ser éste un código tipo, cuyo objetivo es propiciar la uniformidad legislativa de la Unión, debería ofrecer mayores pautas para el tratamiento de la ilicitud probatoria pues solamente la establece de forma implícita y no incluye reglas de excepción a la exclusión de este tipo de pruebas.

La aplicación del régimen de prueba ilícita derivada, reflejada o, en términos de la jurisprudencia del derecho estadounidense, la teoría de los frutos del árbol envenenado ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Respecto a la jurisprudencia, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011) que “las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales” (tesis 140/2011). En la doctrina, sólo por referenciar algunos textos, puede mencionarse los estudios de Roberto Carlos Fonseca Luján (2016), Elías Polanco Braga (2015), Hesbert Benavente Chorres (2013) y Gerarado Armando Urosa Ramírez (2013).

Sin embargo, pese a la aceptación unánime por las fuentes del derecho, debe resaltarse, siguiendo en este punto los estudios de los profesores Natarén Nandayapa y Caballero Juárez (2014), la omisión de discusiones, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, acerca de los límites o excepciones a la teoría de la exclusión de la totalidad de los frutos del árbol envenenado. Los criterios que estos autores mencionan para la correcta aplicación de esta teoría son los siguientes: i) “la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél” (p. 67) –aunque no se dice expresamente, se refiere al criterio vínculo atenuado–; ii) “la nulidad de un acto no implicará (...) la de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad” (p. 67) –aunque no se dice expresamente, se refiere al criterio descubrimiento inevitable–; iii) “son varios los derechos fundamentales cuya violación no genera nulidad radical de las actuaciones

realizadas ” (p. 67) –aunque no se dice expresamente, se refiere a la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad–. Lo anterior lleva a los autores afirmar que: “no se puede *prima facie* rechazar de forma absoluta la prueba que vulnere derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos a los que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir” (p. 67-68)-.

Aunque la crítica va en una dirección correcta pues busca la aplicación de la regla de exclusión en el marco del principio de seguridad jurídica, lo cierto es que la jurisprudencia mexicana ya ha fijado algunos criterios para evitar la aplicación desbordada de esta consecuencia jurídico procesal que genera costos tan altos para la justicia de la decisión. Los criterios de orden estadounidense de vinculado atenuado, fuente independiente y el descubrimiento inevitable ya han sido reconocidos por la jurisprudencia mexicana⁶⁷. Estos criterios serán analizados en detalle en el acápite correspondiente a los insumos foráneos para la construcción de un juicio de imputación jurídica para la aplicación de la regla de exclusión.

Una tesis interesante fijada por la Suprema Corte que merece especial atención, pues resulta extraña al ordenamiento jurídico colombiano, es la distinción entre los efectos de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida y el efecto corruptor del proceso penal. En tesis de jurisprudencia 1a. CLXVII/2013 determina la Suprema Corte que la aplicación de la regla de exclusión: “no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en este momento procesal o en una futura reposición del procedimiento”; no sucede lo mismo cuando se presenta el llamado “efecto corruptor”, pues en estos casos el juez “no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad penal del acusado, ya que el actuar de la autoridad ha provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conllevan la falta de fiabilidad de todo el material probatorio, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede decretar la libertad del acusado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa”. La pregunta es: ¿cuándo se genera el efecto

⁶⁷ En la tesis 1a. CCCXXVI/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se afirmó lo siguiente: “La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente.”

corruptor del proceso penal? En la providencia amparo directo en revisión 517/2011, conocimiento como el caso Cassez, el Alto Tribunal, basado en la experiencia procesal penal estadounidense⁶⁸, consideró que se presenta cuando en un caso en concreto concurren las siguientes circunstancias:

a) Que la autoridad policial o ministerial realice alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal;

b) Que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio. La falta de fiabilidad del material probatorio afectado por el efecto corruptor impacta los derechos de la persona acusada, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege el derecho que tiene toda persona a que, en caso de ser condenada, su condena no tenga como base evidencia de cuestionable fiabilidad, especialmente cuando ésta es imputable a la actuación ilegal de la autoridad. “Así, cuando la falta de fiabilidad en el material probatorio sea una consecuencia de la arbitrariedad de las autoridades, las cuales no hubiesen tutelado efectivamente los derechos fundamentales de los inculcados en la búsqueda de la verdad, **indefectiblemente se producirá un efecto corruptor sobre todo el procedimiento, viciando tanto al procedimiento en sí mismo como a sus resultados**” (negrilla fuera del texto); y

c) Que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión.

Las irregularidades que llevaron a la Suprema Corte a catalogar el caso de Florence Marie Louise Cossez Crepin como un caso excepcional en donde la única solución jurídica posible era la aplicación del denominado efecto corruptor sobre la validez del proceso son los que a continuación se exponen:

i) Violación al derecho fundamental a la defensa adecuada para extranjeros (asistencia consular). Con fundamento en el marco normativo aplicable⁶⁹, el Alto Tribunal parte de la

⁶⁸ Se afirma en la providencia que: “Un concepto semejante ha sido utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Véanse las siguientes sentencias de la de la Corte Suprema de Estados Unidos: United States v. Wade (1967), Stovall v Denno (1967), Foster v. California (1969), United States v. Ash (1973), Neil v. Biggers (1972), Moore v. Illinois (1977), Mason v. Brathwaite (1977) y Perry v. New Hampshire (2011).” Pie de página 198 de la sentencia amparo directo en revisión 517/2011.

⁶⁹ Entre otras normas, el Tribunal Supremo cita el artículo 26, párrafo primero, de la Constitución, el cual reconoce la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; también la fracción IV del artículo 128 del Código Federal

premisa según la cual “el derecho de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular es un derecho fundamental vigente” en México.

ii) El derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición inmediata ante el Ministerio Público. Con fundamento en el artículo 16 de la Constitución mexicana y el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, la Primera Sala reitera su posición para evaluar la vulneración de este derecho fundamental, advirtiendo que “se está frente a **una dilación indebida cuando**, no existiendo **motivos razonables** que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad”⁷⁰, por lo tanto, “los agentes de policía no pueden retener a una persona por más tiempo del **estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público** (...) La policía no puede simplemente retener a un individuo con la finalidad de obtener su confesión o información relacionada con la investigación que realiza, para inculparlo a él o a otras personas”⁷¹. En el caso en concreto existió un periodo de tiempo, entre la detención y la puesta a disposición ante el Ministerio Público, en el que la privación de la libertad de Florence Cassez Crepin no encuentra sustento constitucional⁷².

iii) Violación a la presunción de inocencia y defensa adecuada por “escenificación ajena a la realidad”⁷³. Luego de reseñar pormenorizadamente las particularidades del caso, se concluye en

de Procedimientos Penales, el cual establece que cuando una persona extranjera fuese detenida, dicho acto “se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consultar que corresponda; el artículo 36 de la Convención de Viena.

⁷⁰ Negrilla y subrayado original del texto.

⁷¹ Negrilla y subrayado original del texto.

⁷² Sobre este tema se dice en la sentencia:

⁷³ Los aspectos más relevantes de la escenificación ajena a la realidad fueron resumidos por la Suprema Corte de la siguiente manera (amparo directo en revisión 517/2011):

1. La transmisión de un operativo policial de rescate de las víctimas de un secuestro que se estaba realizando en esos momentos.
2. La detención, en ese mismo lugar, de Florence Cassez Crepin y de otro individuo, los cuales supuestamente se encontraban relacionados con los hechos.
3. El interrogatorio, en ese mismo lugar, a Florence Cassez Crepin y a otro individuo por parte de los medios de comunicación que habían sido invitados a transmitir la escenificación. Dicho interrogatorio fue permitido y favorecido por los miembros de la Agencia Federal de Investigación.
4. Las declaraciones, por parte de la autoridad, en el sentido de que Florence Cassez Crepin era parte de una banda de secuestradores.
5. Las declaraciones, por parte de de la autoridad, de que Florence Cassez Crepin y otro individuo habían sido identificados por las víctimas como sus captores.
6. Las declaraciones, por parte de los miembros de los medios de comunicación presentes en ese momento, de que Florence Cassez Crepin y otro individuo habían sido identificados por las víctimas como sus captores.

la providencia que “Florence Marie Louise Cassez Crepin, fue expuesta repetidamente y en profundidad a un espectáculo que resulta inadmisibile en un sistema democrático de derechos y libertades”, lo que inevitablemente generó un juicio mediático que fue visto por miles y miles de ciudadanos , por lo que “Cualquier proceso judicial realizado después, en la que víctimas y testigos fueron expuestos tan a fondo a este montaje, no podría ser más que una mera formalidad”. Por lo anterior, la Suprema Corte consideró que en el caso se presentó una violación al derecho fundamental de Cassez a la presunción de inocencia como regla de trato y como regla probatoria –para los intereses de este trabajo la última tiene mayor importancia–.

La tesis principal sobre la que descansa el llamado efecto corruptor, y que vicia toda la evidencia incriminatoria por haberse generado condiciones sugestivas para su obtención, es precisamente la presunción de inocencia como regla de trato y como regla probatoria. En el caso de Cassez, la Suprema Corte consideró que la conducta indebida y arbitraria de los miembros de la Agencia Federal de Investigación al exponerla ante los medios de comunicación como la responsable de la comisión de tres secuestros, generando no sólo que la sociedad entera fuera sugestionada sino también las personas involucradas en el proceso en contra de ella.

Sin desconocer la importancia y trascendencia para la protección de derechos en el marco del enjuiciamiento criminal del caso Cassez Crepin, lo cual es indudable, este precedente no es aplicable propiamente a supuestos relacionados con prueba ilícita, al menos no directamente. Los errores que invalidaron toda la actuación, incluyendo la evidencia incriminatoria, no están relacionados directamente con obtención de evidencia, sino con derechos de otra naturaleza, como la puesta inmediata ante autoridad competente o las reglas especial ante procesados extranjeros; la llamada escenificación ajena de la realidad constituye una violación a la presunción de inocencia. Ahora, es indudable que indirectamente estas arbitrariedades tienen una consecuencia en la obtención de evidencia, especialmente la violación a la regla de la presunción de inocencia, pero al ser su relación indirecta con la obtención de prueba lo que se genera es la nulidad de un acto procesal que por sustracción de materia ocasiona la nulidad de la prueba. Cosa

7. La identificación de los nombres, edad y nacionalidad de Florence Cassez Crepin y de otro individuo, por parte de la autoridad y de los medios de comunicación.

8. La declaración simultánea de las víctimas del supuesto delito.

9. La exposición de estas imágenes, desde ese momento y hasta nuestros días, por parte de la autoridad y de los medios de comunicación, asumiendo, indubitavelmente, que Florence Cassez Crepin y otro individuo resultaban los responsables de los hechos investigados.

diferente ocurre en Colombia, en donde realmente se presenta un fenómeno jurídico en donde la obtención ilícita de prueba genera no sólo su prohibición de admisión y valoración sino la nulidad de toda la actuación procesal (C-591/2005): obtención de evidencia por medio de delitos de suma gravedad como la tortura.

En casos de tortura como medio para obtener evidencia la máxima autoridad de la justicia mexicana solo ha aplicado la exclusión del elemento de conocimiento, sin afectar la validez de la actuación procesal. En amparo de revisión 703/201, luego de haberse demostrado plenamente que el procesado fue detenido y retenido ilegalmente por miembros del ejército mexicano, obteniéndose su confesión en una garita militar, se concluye que: “la confesión realizada por un inculpado puesto a disposición virtualmente ante el ministerio público, empero, materialmente retenido en sede militar, carece de todo valor jurídico, aun como mero dato de prueba, ya que se infiere que la misma fue obtenida mediante intimidación y coacción”. Finalmente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia decide invalidar el auto de vinculación a proceso en la medida que estaba fundamentado exclusivamente en la confesión ilícita, y conforme la legislación mexicana es un requerimiento insoslayable que obre un mínimo de evidencia para emitir una providencia de esta naturaleza; dicho de otra manera, se anuló la providencia no por un efecto directo y necesario de la obtención de evidencia mediante tortura, sino por un efecto colateral y contingente en atención a los presupuestos del auto de vinculación a proceso⁷⁴.

La exclusión de prueba ilícita ha sido aplicada no solo en el campo penal, sino en asuntos de diversa naturaleza como el Derecho Civil⁷⁵ y el Derecho Electoral, pese a la crítica de un sector

⁷⁴ Sobre este tema, se dice en la parte resolutive de la providencia (amparo en revisión 703/2012): “(...) los datos de prueba que incriminaron al mencionado quejoso carecen de validez jurídica, y al haber sido los mismos el sustento del auto de vinculación a proceso, son razones suficientes para invalidarlo.

Es importante destacar, por un lado, que la anterior decisión no significa la invalidez de los demás datos relacionados con el esclarecimiento de los hechos; por otro lado, la invalidación de los datos de prueba y actuaciones, al momento procesal de la emisión del acto reclamado, no recayó sobre sentencia definitiva del imputado, sino sobre el delimitado auto de vinculación a proceso materia de la litis constitucional en revisión.

Así, en atención al derecho de acceso a la justicia y a la verdad, la autoridad ministerial encargada de la investigación debe seguir con la misma a efecto de esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades penales correspondientes”.

⁷⁵ Tesis CLXI/2000, 2000: Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente. Se dice en la tesis jurisprudencial sobre la posibilidad de admisión de prueba ilícita obtenida ilícitamente por un tercero en un proceso de naturaleza no penal que: (...) debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los

reducido de la doctrina que sostiene que de realizarse un juicio de ponderación de valores en materia de Derecho Electoral la regla de exclusión no sería aplicable, pues no se “puede desatender que existe una necesidad colectiva de que la verdad sea alcanzada como una prerrogativa fundamental, tratándose de las elecciones populares” (Carrasco Daza, p.149)

I.7.8 Regla de exclusión en Colombia: genealogía del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y de los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004

La Constitución colombiana de 1991 introdujo expresamente una norma relativa a las consecuencias procesales cuando en el marco de la actividad probatoria se presenten irregularidades. No es usual que una Constitución establezca reglas de este tipo, pues normalmente la fijación de reglas probatorias se da vía jurisprudencia o vía norma de rango legal; sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente de inicios de la década de los 90 tuvo a bien hacer parte de la excepcionalidad estableciendo una norma constitucional relativa a las pruebas obtenidas irregularmente. En el marco del artículo 29, el cual desarrolla el derecho fundamental al debido proceso, establece la Constitución colombiana: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Ante la expresa disposición constitucional vino la necesidad de una regulación más detallada. Aunque la jurisprudencia trató de hacer la tarea inicialmente, el Legislador es la entidad idónea en atención a las características de las normas que expide de emitir una regulación clara e inequívoca que asegure una aplicación uniforme a una consecuencia tan drástica como lo es la anulación de pleno derecho de una prueba. La tarea fue asumida por la Ley 906 de 2004, que en artículos como el 23⁷⁶ y el 455⁷⁷ estableció unas pautas para la aplicación de lo que ha sido

governados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.

⁷⁶ Colombia. Ley 906 de 2004. Art. 23. Cláusula de exclusión. “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”

⁷⁷ Colombia. Ley 906 de 2004. Art. 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. “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”

llamado en Colombia debido el *nomen iuris* del primero de los artículos citados como cláusula de exclusión.

Aunque aspectos como el significado de los vocablos utilizados por la Asamblea Nacional Constituyente en el artículo 29 inciso final y el Legislador en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, así como el alcance y límites que la jurisprudencia y la doctrina colombiana le han dado a la cláusula de exclusión son de vital importancia en atención a su vigencia y actualidad, es necesario analizar previamente el pasado del ordenamiento jurídico colombiano: ¿cómo era el tratamiento jurídico procesal de las pruebas obtenidas irregularmente antes de la Constitución de 1991?, y ¿antes de la Ley 906 de 2004? Los estudios sobre la historia de la prueba ilícita en Colombia son escasos. La doctrina se ha centrado en el análisis de la regulación vigente en comparación con el derecho extranjero, olvidando el pasado del ordenamiento jurídico nacional.

La Constitución de 1886 se caracterizó por ser de corte confesional, establecer un régimen político de presidencialismo extremo, centralista y unitario (Quinche Ramírez, 2015, págs. 8-13). Aunque la Constitución consagraba todos los derechos del liberalismo proclamado por la revolución francesa de 1789, carecía de valor normativo y no existían mecanismos procesales para asegurar su protección. En lo que tiene que ver con la actividad probatoria, existían pocas referencias a ella: i) exoneración del deber de declarar (artículo 25⁷⁸), ii) requisitos para limitar el derecho a la inviolabilidad de correspondencia (artículo 43⁷⁹) y iii) el derecho al debido proceso (art. 26: observando la plenitud de las formas propias de cada juicio⁸⁰); la Constitución nada decía sobre la consecuencia procesal a pruebas obtenidas de manera ilícita. Sobre esta falta de regulación comenta el profesor José Joaquín Urbano Martínez (2005):

⁷⁸ Colombia. Constitución Política de 1886. Artículo 25. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.

⁷⁹ Colombia. Constitución Política de 1886. Artículo 43. La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. 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.

Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.

⁸⁰ Colombia. Constitución Política de 1886. Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...) era comprensible que no se hubiera consagrado de manera expresa la regla de exclusión de la prueba ilícita y que su tratamiento hubiese quedado comprendido, aunque con un manejo muy restrictivo, en la plenitud de las formas propias de cada juicio como contenido del debido proceso pues, como se sabe, el modelo de Estado en él consagrado no estaba afianzado sobre el reconocimiento de la dignidad y de los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del Estado. Por lo tanto, no existían argumentos para llevar a la Constitución una regla expresa que ligara la existencia y validez de las pruebas al respecto de tales parámetros (p. 290).

El decreto 050 de 1987, Código Proceso Penal colombiano, no hizo mención expresa al fenómeno de exclusión de la prueba por ilicitud. Las normas relativas al juicio de admisibilidad de la prueba hacían referencia a que “toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso” (art. 246) y “Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia” (art. 252). Se estableció como causales de nulidad: “(...)2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho a la defensa” (art. 305). Entonces, si bien este Código establecía reglas de prueba que garantizaban derechos fundamentales⁸¹, específicamente no estaban previstas las consecuencias a la vulneración de estas reglas, lo que no significa necesariamente que no existiese el régimen de prueba ilícita: el ejemplo estadounidense lo demuestra; el origen y desarrollo de la exclusión de prueba puede deberse a otra fuente del derecho: la jurisprudencia.

En términos generales, en la jurisprudencia de esta época no se advierten mayores referencias a la prueba ilícita. Sin embargo, existen antecedentes importantes que permiten concluir que el tema no era del todo ajeno al derecho colombiano. Siguiendo el estudio del profesor Urbano Martínez (2005), uno de los pocos que existen sobre el particular, dos providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia deben ser descatacadas: la primera, del 16 de marzo de 1988, en la que la Corte analizó la ilicitud de una grabaciones tomadas por la víctima de forma inconsulta al víctimario, concluyendo que la prueba era lícita pues la víctima está legitimada para

⁸¹ La exoneración del deber de declarar, la prohibición para el juez de sugerir respuestas, realizar preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo o los requisitos fijados para la realización de allanamientos, retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones, entre otras.

preconstituir prueba; la segunda, del 27 de abril del mismo año, en la que en el salvamento de voto del para ese entonces magistrado Édgar Saavedra Rojas se afirmó: “Lo lógico entonces es que la prueba ilegalmente obtenida no puede tener consecuencia probatoria de ninguna naturaleza y lo así obtenido debe ser considerado como inexistente” (p. 294).

Todo lo anterior permite concluir que las normas aplicables a lo largo del siglo XX en Colombia en casos de obtención de prueba por actuaciones violatorias de derechos fundamentales eran las relativas a la inexistencia y nulidad de actos procesales, siendo el “ámbito de aplicación de estos mecanismos muy restringido y, por lo mismo, no era idóneo para derivar todas las consecuencias inherentes a la regla de exclusión de la prueba ilícita” (Urbano Martínez, 2005, p. 294)

En el Código de Procedimiento Penal de 1991, el Decreto 2700, que fue expedido en el marco de convulsiones sociales de la nueva Constitución y por tanto directamente influenciado por ella, nada se dijo, al menos no de manera directa, sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita. La omisión del Legislador no significa la inexistencia del régimen especial de prueba ilícita consagrados por la Constitución, pues como es sabido, una de las características más importantes de la Carta Política de 1991 es su carácter normativo, lo que implica su aplicación directa.

A pesar de la omisión, el Decreto 2700 estableció normas relativas a la legalidad de la prueba (por ejemplo, el artículo 246 dispuso: “Toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, o el artículo 250, según el cual: “No se admitirán las pruebas que no conducen a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia a las legalmente prohibidas ...”), así como disposiciones que reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales como parámetros de validez de las pruebas (utilización de medios técnicos que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales, artículo 156⁸²; libertad probatoria siempre y cuando se respeten los derechos humanos, artículos 253 y 248⁸³; examen médico y clínico al procesado sin violaciones de

⁸² Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Art. 156. Utilización de medios técnicos. En la actuación se podrán utilizar los medios mecánicos, electrónicos y técnicos que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales.

⁸³ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 253. Libertad Probatoria. los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán

derechos fundamentales, artículo 262⁸⁴; actos de investigación deben realizarse con estricto acatamiento de las garantías constitucionales y legales, art. 314⁸⁵; y legalidad de pruebas practicadas en Colombia y solicitadas por autoridad extranjera, 545⁸⁶). Estas normas demuestran que el espectro de la validez de la prueba fue ampliado considerablemente en comparación con el anterior código procesal de 1981: no basta con el simple respeto de la legalidad para analizar la validez de la prueba, ahora es necesario tener en cuenta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

Si bien no existía un régimen especial para la evidencia ilícita, este código brindaba varias opciones para la aplicación de consecuencias procesales ante irregularidades en la actividad probatoria: i) corrección de actos irregulares, art. 13⁸⁷; ii) rechazo de la prueba, art. 250⁸⁸; iii)

demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales.

Artículo 248. Medios de prueba. Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

⁸⁴ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 262. Examen médico o clínico. Para los efectos de la comprobación del hecho punible, sus circunstancias y el grado de responsabilidad del imputado, el funcionario judicial podrá ordenar que a éste le sean realizados los exámenes médicos o clínicos necesarios, los que en ningún caso podrán violar los derechos humanos fundamentales.

⁸⁵ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 314. Intangibilidad de las garantías constitucionales. Las pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión, deberán ser efectuadas con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales. Los sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales.

⁸⁶ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 545. Legalidad. Si la autoridad extranjera solicitare la práctica de algunas diligencias conforme a determinadas condiciones, las mismas se practicarán de conformidad con lo pedido, siempre que no contraríe los derechos y garantías consagrados en la Constitución y leyes colombianas.

⁸⁷ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 13. Corrección de actos irregulares. El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales.

⁸⁸ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 250. Rechazo de las pruebas. No se admitirán las pruebas que no conducen a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia a las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este Código.

inexistencia de diligencias, art. 161⁸⁹; y iv) nulidad, art. 304⁹⁰. En sentencia reciente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al realizar un análisis histórico de la regla de exclusión consideró que esta figura tuvo su desarrollo inicial: “en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991 en los cuales se establecía el rechazo de las pruebas obtenidas ilegalmente, a la vez, en materia de libertad probatoria se conminaba el respeto de las garantías y derechos fundamentales” (Sentencia SP 8473, 2014).

El siguiente código en la línea cronológica de la historia del derecho procesal penal colombiano es la Ley 600 de 2000. En términos generales, este código guarda similitud con el régimen probatorio del código de 1991, pues “Se plasma también la axiología de la Constitución en múltiples disposiciones pero no se consagra expresamente la regla de exclusión de la prueba ilícita” (Urbano Martínez, 2005, p. 298). Algunas de las normas más relevantes de esta normativa, en donde claramente se consagran derechos fundamentales como criterios de validez de las actuaciones procesales, son las siguientes: necesidad de prueba legal, art. 232⁹¹; utilización de medios técnicos que no involucren la dignidad humana y las garantías constitucionales, art. 148⁹²; libertad probatoria respetando siempre los derechos fundamentales, art. 233 y 237⁹³; actos

⁸⁹ Colombia. Decreto 2700 de 1991, Código Procesal Penal. Artículo 161. Inexistencia de diligencia. (versión original; los incisos segundo y tercero fueron declarados inexequibles por sentencias C-150-93 y C-049-96 respectivamente) Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

Se exceptúan el caso de la versión libre y espontánea que sea rendida cuando se produzca captura en flagrancia. Cuando el sindicado esté en peligro de muerte y sea indispensable realizar diligencia con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello.

⁹⁰ Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Artículo 304. Causales de nulidad. Son causales de nulidad: (...) 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho a la defensa.

⁹¹ Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Artículo 232. Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

⁹² Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Art. 148. Utilización de medios técnicos. En la actuación se podrán utilizar los medios mecánicos, electrónicos y técnicos que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales.

Cuando las diligencias sean recogidas y conservadas en sistemas de audio y/o video se levantará un acta en que conste fecha y hora de la misma, será suscrita por quienes tomaron parte en ella. El contenido se llevará por escrito cuando sea estrictamente necesario.

⁹³ Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Art. 233. Medios de prueba. (...) El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales.

Artículo 237. Libertad probatoria. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

de investigación respetando garantías constitucionales y legales, art. 318⁹⁴. En lo relativo a las consecuencias procesales ante irregularidades en la actividad probatoria, las opciones son semejantes a las vistas en el Decreto 2700 de 1991: i) corrección de actos irregulares, art. 15⁹⁵; ii) rechazo de la prueba, art. 235⁹⁶; iii) inexistencia de diligencias, art. 305⁹⁷; y iv) nulidad, art. 306⁹⁸.

La Ley 906 de 2004, actual código procesal penal, significó un avance considerable en el plano legal hacía la consolidación de la autonomía de la regla de exclusión de prueba obtenida o producida con violación de derechos. A partir de la entrada en vigor de esta normativa, la figura jurídica de exclusión de prueba contará con disposiciones normativas referidas exclusiva e inequívocamente a ella, permitiendo diferenciar en el plano legal la exclusión con institución como la nulidad o la inadmisión tradicional de solicitudes probatorias.

En atención a la importancia del nuevo marco normativo legal sobre la institución objeto de análisis de la investigación, es imperioso analizar los debates que se presentaron al interior de la Comisión Redactora del Código y el trámite legislativo en el Congreso de la República. Esta tarea se realizará en las siguientes líneas.

El artículo 23 del inicial proyecto de código procesal penal⁹⁹, norma referida a la cláusula de exclusión, disponía:

Toda prueba obtenida con violación de las garantías contenidas en este título será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

⁹⁴ Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Art. 318. Intangibilidad de las garantías constitucionales. Las pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión, deberán ser efectuadas con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales. Los sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales.

⁹⁵ Colombia. Ley 600 de 2000, Código Procesal Penal. Artículo 15. Celeridad y eficiencia. (...) El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales.

⁹⁶ Colombia. Ley 600 de 2000, Código Procesal Penal. Artículo 235. Rechazo de las pruebas. Rechazo de las pruebas. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

⁹⁷ Colombia. Ley 600 de 2000, Código Procesal Penal. Artículo 305. Inexistencia de diligencia. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor.

⁹⁸ Colombia. Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal. Artículo 306. Causales de nulidad. Son causales de nulidad: (...) 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho a la defensa.

⁹⁹ Datos tomados de la obra de Jaime Enrique Granados Peña y María Mónica Morris Lievano (2015).

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia directa, o que solo hubieran podido allegarse o producirse, en razón de su existencia.

Sin embargo, una vez decretada su exclusión, podrán ser utilizadas únicamente como medio de impugnación de credibilidad de los testigos, peritos o del procesado.

En la reunión de la Comisión Preparatoria del Código -en adelante CPC- llevada a cabo el 25 de febrero de 2002 (acta n. 5), se discutió el tema:

Dr. Alfredo Rodríguez: En el comienzo del artículo no se debería hablar de pruebas “nulas”, sino más bien inexistentes. Porque nunca habría prueba.

Dr. Jaime Granados: Como son nulas de pleno derecho, son nulas. Además sí existieron, sólo que estarían viciadas.

Dr. Gustavo Gómez Velásquez: Propongo eliminar en esa primera parte la expresión “contenidas en este título” y colocar “garantías fundamentales”.

Dr. Juan Jaramillo: Solicito que se explique el inciso 3.

Dr. Jaime Granados: En principio la prueba ilícita no tiene valor para probar la responsabilidad de un delito, pero las pruebas pueden ser utilizadas para desvirtuar lo que ha dicho un perito, un testigo o el procesado, siempre y cuando esto no se entienda como que se están utilizando como prueba de responsabilidad. La idea es que si el juez cree que la persona está diciendo mentiras o simplemente está dudando de su credibilidad, se pueden utilizar esas pruebas para impugnar el testimonio, el peritaje, la declaración, en fin. Sólo se le priva de un efecto probatorio parcial. Se le reconoce un valor de equilibrio.

Dr. Fernando Coral Villota: Solicito otra redacción al inciso 3 del artículo 25, para dar mayor claridad.

Dra. Dora Cifuentes: ¿Es prueba obtenida desde cuándo?

Dr. Jaime Granados: Como no es prueba hasta tanto no se lleve ante el juez, es sólo a partir de ahí que se plantea que debe ser excluida, suprimida.

Dr. Juan Jaramillo. ¿Es tan importante que quede?

Dr. Jaime Granados: Es fundamental.

Les vamos a circular literatura sobre el tema pero les pido un voto de confianza en esto. El sistema acusatorio descansa sobre unos pilares que son la defensa y el contrainterrogatorio, la mejor herramienta para construir un interrogatorio es a través de la utilización de la

prueba con fines de impugnación de la credibilidad; es la prueba con fines de impugnación del testigo, el perito o el procesado.

Dra. Dora Cifuentes: Esta figura ¿es como la prueba indiciaria de antes?

Dr. Jaime Granados: No, porque ese era un evento de indicio de responsabilidad.

Señor Fiscal General: Este es un elemento muy importante para la investigación y debemos dejarlo.

Dr. Mendoza Diago: En este evento es simplemente un factor de crítica.or Fiscal General:
Podemos ensayar una redacción distinta, pero el principio es bueno.

Ya la Comisión Redactora del Código Procesal Penal, que fue creada en razón al mandato del Acto Legislativo 003 de 2002, el artículo que hacía referencia a la cláusula de exclusión era el artículo 24, y no el 23, el cual disponía un solo inciso con el siguiente tenor literal: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. En la reunión ordinaria de la Comisión llevada a cabo el 7 de marzo de 2003 (acta n. 8) se discutió ampliamente esta disposición; por su importancia para la comprensión de las disposiciones normativas hoy vigentes, se cita *in extenso* lo referido a la cláusula de exclusión.

Sobre este artículo, el doctor Granados reiteró que en su concepto el inciso segundo del proyecto original, el cual establecía la exclusión de las pruebas derivadas de la prueba obtenida en ilegalidad, debería mantenerse por ser una discusión alrededor de la doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso. Agregó que este tema no debería quedar diferido a la regulación posterior probatoria sino quedar regulado como principio.

Al respecto, el doctor Gómez Pavajeau estuvo de acuerdo con el primer inciso por ser una derivación de la consagración de la Carta Política. De igual forma, sugirió tomar una definición político criminal, en el sentido de establecer si la tendencia es garantista para abandonar las cláusulas de eficacia o se combinan ponderadamente estos dos criterios; esto último es lo que avala la Procuraduría, como entidad que a la luz de la Constitución es la representante de la defensa de los derechos de la sociedad.

Por su parte, el doctor Granados estuvo de acuerdo en que no se puede construir ningún sistema de justicia si se da valor probatorio a las pruebas obtenidas sin el debido proceso y en consecuencia a las pruebas que se generan de éstas. Citó la recomendación 9.4 del

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, según la cual se debe consagrar expresamente en los códigos procesales que "en los casos abarcados por las violaciones al debido proceso no solo carecen de valor probatorio en contra del imputado o procesado las informaciones obtenidas directamente por esos medios sino las que no se hubieren podido practicar sin esa información". Este es el principio de exclusión total. En este mismo sentido, la regla 33.2 de Mallorca aborda el tema. Finalmente reiteró su propuesta de agregar un inciso segundo que hable expresamente de las pruebas que se derivan de la ilegal en los siguientes términos: "Igual tratamiento recibirán las pruebas que le sean consecuencia directa o que hubieran podido allegarse o producirse en razón de su existencia".

Consideró el doctor Gustavo Gómez Velásquez que estaba de acuerdo con los que afirmaban la necesidad de señalar el tema conocido como "los frutos del árbol emponzoñado", por cuanto el código no puede ignorar aspecto tan fundamental. Señaló que para este fin, en los principios rectores, bastaba con la propuesta presentada por la mesa de trabajo y especialmente con su especificada titulación. Explicó que es un plausible homenaje a nuestra Carta del 86, que avizó el problema y ofreció una solución, texto tan dicente, en su concepto, que le ha permitido a la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Cepeda, desarrollar el asunto incorporando decisiones y doctrinas extranjeras. Añadió que, como el instituto es casi de elaboración jurisprudencial, caso por caso, que no todos son iguales y ofrecen características propias que dan lugar a soluciones diferentes, no es posible, en las normas rectoras, que sí cuando se trate lo referente a la validez de la prueba o su exclusión, citar esas pautas que morigeran adecuadamente lo de la relación causal, uno de los mayores problemas del derecho y sobre el cual se dan tantas teorías como autores. A este singular aspecto, dijo, el juez tendrá en cuenta situaciones como las siguientes: el vínculo debilitado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el saneamiento del vicio (purged), la buena fe del operador de justicia, el interés legítimo en la invocación del quebranto de garantías (standing), costos y resultados (el valor disuasivo real), tesis explicadas correctamente por L.E. Chiesa – vol. I – la prevalencia de estarse ante un juicio justo (tesis que no agrada al profesor Granados), las posibilidades de otros medios de defensa o incriminación, o, con giro propio del tratado de Roma, el defecto no

se mostró como atentatorio de la integridad del juicio o no redundó en grave desmedro del mismo. Estos moderadores, concluyó, ciertamente desalojan aparentes o irrelevantes relaciones de causalidad o de la dialéctica del antecedente y el consecuente, atemperándose con estos contrapesos esa teoría que suele tender, en manos inexpertas o propensas a la ligereza del juicio, a dañinas exageraciones.

El doctor Luis Camilo Osorio expresó su preocupación en cuanto a que se estén sembrando minas peligrosas en los procesos para desvirtuar las pruebas; en su concepto la redacción del artículo es muy compleja.

Al respecto, el doctor Jesús Ignacio García se mostró partidario de la cláusula de exclusión, partiendo de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, pues dentro de sus fines está la protección de los derechos humanos sin que haya casos en que los pueda violar. Manifestó su acuerdo con la propuesta del doctor Granados y expresó que en su concepto no existe incompatibilidad con la propuesta del Doctor Gómez Velásquez.

El doctor Osorio reiteró que esta regulación puede resultar un campo minado de nulidades para nuestra realidad procesal y propuso que teniendo en cuenta que se trata de principios rectores, los cuales deben ser genéricos, se votara el artículo en la próxima sesión.

Para el doctor Jesús Ignacio García, la Corte Constitucional ha definido qué es una prueba derivada, el criterio de la mayoría hizo una definición restrictiva de la prueba y es a la jurisprudencia a la que le corresponde decir cuándo una prueba es derivada y cuando no. El doctor Osorio consideró que el código no se puede llenar de casuismos porque se trata de principios rectores. En consecuencia, insistió en posponer para la próxima sesión la votación del artículo.

Lo anterior da muestra de lo complejo que resultó siendo la aprobación de la regulación de la cláusula de exclusión en la Ley 906 de 2004: múltiples y disimiles posiciones se presentaron al interior de la Comisión Redactora. La siguiente reunión en la que se abordó el tema fue la realizada el 14 de marzo de 2003 (ver acta 009), en la que se dijo:

El doctor Andrés Ramírez manifestó que en el proyecto original presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia, se insertaba un inciso 2º, del siguiente tenor: “Igual tratamiento recibirán las pruebas que le sean consecuencia directa o que hubieran podido llegar a producirse en razón de su existencia, salvo las excepciones previstas en este

código”. Es decir, con este inciso 2º, se acogía normativamente lo que la doctrina ha convenido en denominar “los frutos del árbol envenenado”.

Básicamente, la discusión a este respecto gravitó en dos extremos: una posición mayoritaria de la mesa de trabajo, sostenida por el señor Fiscal General de la Nación, la cual considera que con el nivel de norma rectora basta la inserción del inciso 1º que recoge lo que es en sí la garantía constitucional contemplada por el artículo 29 de la Carta Política. Una segunda posición, que es la sostenida por la Corporación Excelencia en la Justicia y la Defensoría del Pueblo, que considera necesario y saludable insertar dentro de la norma rectora el inciso 2º, es decir, el señalamiento de las consecuencias específicas.

La mesa de trabajo, en atención a la propuesta del doctor Gustavo Gómez Velásquez, consideró que este es un tema que se debe aplazar en su estudio normativo y en su consagración normativa al aparte correspondiente dentro del código de procedimiento, entendiendo que con el inciso 1º basta para entender el problema de la legalidad de la prueba como norma rectora.

En la reunión del 21 de marzo de 2003 (ver acta n. 010), la Comisión Redactora terminó aprobando definitivamente el artículo que se presentaría al Congreso dentro del proyecto de ley de nuevo código procesal penal.

El doctor Granados manifestó que la inclusión de dicha norma dentro del Código era de importancia cardinal, pero que en su concepto no sería viable dejar la redacción como se presentó, es decir, solo con el inciso primero, ya que se está dejando por fuera el inciso segundo y con eso se daría pie a que se le diera valor a la prueba que es consecuencia directa de la violación del debido proceso. Para el doctor Granados, se llegó a un consenso cuando se habló de “las que hubieran podido llegar a producirse en razón de su existencia”, pues con esta redacción se daba un acondicionamiento más directo sin llegar a hablar de la prueba directa.

Al respecto el doctor Gómez Pavajeau estuvo de acuerdo con lo propuesto por el doctor Granados y agregó que había entregado un documento a la Fiscalía del Tribunal Constitucional español en este sentido.

Por su parte el doctor Jesús Ignacio García indicó que en su concepto la fórmula que ha traído el doctor Granados, y que ahora la Procuraduría avala, zanja toda la discusión,

argumentó que con esa fórmula queda descartado que cualquier prueba que provenga directamente de una prueba ilícita, pueda ser tenida en cuenta dentro del proceso, porque se está concretando a la prueba que sea consecuencia directa de la prueba ilícita o que solo se pueda explicar en razón de la existencia de esa prueba ilícita. Es decir, se estaría adoptando la jurisprudencia que mayoritariamente acogió la Corte Constitucional y manifestó estar de acuerdo con eso. En ese orden de ideas solicitó al señor Fiscal abrir la votación.

El doctor Osorio sometió a votación el artículo propuesto por el doctor Jaime Granados.

La comisión aprobó el artículo 24 propuesto por el doctor Jaime Granados, así:

Artículo 24. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que le sean consecuencia directa; o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia, salvo las excepciones previstas en éste código.

Ya en las discusiones al interior del Congreso, el tema se mantuvo como uno de los de mayor controversia. En el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso n. 104, 26 de marzo de 2004) se dijo:

El tema relativo a la cláusula de exclusión tuvo en la discusión del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, vital importancia pues se introdujo un cambio en la redacción del artículo 23 en el cual se desarrolla el inciso final del artículo 29 de Constitución Política que tiene que ver con la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales.

El cambio que se introdujo fue el siguiente. En el inciso segundo del artículo 23 que prescribía que igualmente serían nulas las pruebas que fueran consecuencia directa de las pruebas excluidas, se eliminó la expresión “directa” con lo cual todas las pruebas, fueran consecuencia directa o indirecta de aquellas practicadas en forma irregular serían excluidas del universo probatorio recaudado. Así mismo, en el artículo 491 referido a la nulidad derivada de la prueba ilícita que contenía un catálogo extenso de criterios que han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, es decir, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el balance de interés, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación, fueron reducidos

a los tres primeros advirtiendo que solo se tendrán en cuenta otros criterios si son fijados por la ley.

I.8 Marco teórico-conceptual

I.9 Marco de antecedentes

I.9.1 Universidad Externado de Colombia

I.9.1.1 Doctorado en Derecho

En el marco del Doctorado ofertado por la Universidad Externado de Colombia se han realizado dos tesis doctorales en torno al tema de la regla de exclusión. La primera fue realizada por Miguel Enrique Rojas Gómez (2011), titulada “Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad”; la segunda es de autoría de Ramón Antonio Peláez Hernández (2017), y lleva por nombre “La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil”.

La primera investigación, la realizado por el profesor Miguel Rojas, se centra en analizar la eventual funcionalidad jurídica que un elemento de conocimiento obtenido indudablemente bajo la afectación de la intimidad pueda llegar a tener en el mundo del derecho. Para desarrollar este objetivo, el trabajo escrito inicia con la identificación de los aspectos que componen el derecho fundamental a la intimidad, para luego ocuparse de analizar los actos de investigación que comúnmente se utilizan para obtener evidencia con afectación de este derecho. En la segunda parte del trabajo el tema que se aborda es la identificación de criterios para la calificación de la legitimidad de las restricciones a la intimidad en el marco de la obtención de evidencia. Por último, se examina el alcance de la cláusula constitucional de exclusión como mecanismo de protección del derecho a la intimidad.

Las principales conclusiones de este trabajo son las siguientes: **i)** “no siempre que se esté en presencia de una prueba conseguida por medio de penetración ilegítima en la intimidad, el restablecimiento del derecho a la intimidad haga necesario o por lo menos aconsejable aplicar la exclusión con sacrificio del interés en la reconstrucción de la realidad eventualmente necesaria para asegurar la tutela judicial de otros derechos sustanciales” (Rojas, p. 239-240); **ii)** las funciones tradicionales asignadas a la cláusula de exclusión respecto de la intimidad, protección del derecho y efecto disuasorio, “padecen de inocultable inexactitud” (p. 241); **iii)** la legitimación para solicitar la exclusión de prueba por violación de la intimidad recae

exclusivamente en el titular del derecho fundamental afectado, puesto que: “tachar el material probatorio, sin siquiera ofrecer la oportunidad para que el titular de la intimidad perforada contemple la posibilidad de autorizar su utilización, puede resultar contrario al querer de ésta y en ese medida, en lugar de redundar en beneficio del derecho a la intimidad, puede implicar una restricción nada razonable” (p. 245); **iv**) “la exclusión probatoria del materia obtenido en virtud de la incursión ilegítima en la intimidad sólo resulta aceptable en cuando desfavorezca a la víctima de la intromisión, esto es, cuando su poder demostrativo redunde en perjuicio de quien ha sido ofendido en su intimidad” (p. 246 -247); **v**) deben reconocerse algunas situaciones que “aconsejan descartar la aplicación de la cláusula de exclusión, como cuando de buena fe el intruso cree que su incursión en la intimidad ajena para conseguir material probatorio goza de legitimidad, cuando la prueba demostraría la inocencia del imputado, o cuando la exclusión probatoria entrañaría un perjuicio de mayor entidad que el ocasionado con la intromisión ilegítima en virtud de la cual ha sido posible obtener dicho material” (p. 253); y, finalmente, una conclusión muy interesante de esta trabajo es la relacionada con los efectos de la exclusión probatorio: “Si el verdadero tropiezo intraprocesal que encara dicho material probatorio consiste en que no puede ser invocado en contra de ciertos sujetos, lejos de ser un problema de existencia, de validez o de utilizabilidad, lo que realmente traduce es un problema de oponibilidad, entendida ésta como la posibilidad de ser esgrimido con éxito determinado elemento de perjuicio de ciertos sujetos” (p. 290).

Otra investigación interesante realizada en este posgrado es la de Ramón Antonio Peláez Hernández (2017), quien aborda un tema poco explorado en Colombia: la prueba ilícita en el proceso civil. Con el título “La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil” la investigación plantea el siguiente problema jurídico: “¿la prueba ilícita, como la que siendo lícita deriva de la considerada ilícita, producirá efectos jurídicos en el ámbito del proceso civil al momento de tomar decisiones el órgano judicial?” (p.20). Luego de un estudio exhaustivo sobre diferentes fuentes del derecho, nacionales y extranjeras, y sobre la base del análisis del llamado derecho a la prueba, el autor de la tesis doctoral concluye advirtiendo que: “(...) a partir de la constitucionalización del derecho a la prueba el mecanismo de supresión de la prueba ilícita trascendió del ámbito propio de las

nulidades al de la regla de exclusión y cuya aplicación en el proceso civil no solo opera sobre la prueba principal sino también a la derivada de aquella” (p.30).

1.9.1.2 Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas

La tesis “La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema penal acusatorio colombiano”, presentada en el año 2011 por Ricardo Antonio Méndez Díaz, analiza desde un punto de vista histórico, ideológico y normativo la teoría de los frutos del árbol envenenado. Luego de realizar una caracterización del proceso penal colombiano regido por la Ley 906 de 2004, la tesis se centra en analizar las implicaciones constitucionales en el derecho colombiano al adoptar la mencionada teoría. Para tal efecto, además de analizar las normas regulativas de lo que el autor denominada “el efecto reflejo de la prueba ilícita”, hace un análisis de la jurisprudencia con base en la metodología línea jurisprudencial. Las principales conclusiones del trabajo son las siguientes: i) la cláusula de exclusión garantiza la protección de los derechos fundamentales; ii) la cláusula de exclusión hacer parte del derecho fundamental al debido proceso; iii) las peticiones de exclusión de prueba ilícita puede ser presentada tanto en la etapa de investigación, en la fase intermedia o en el juicio; iv) la regla de exclusión genera una nulidad de pleno derecho que afecta exclusivamente a la prueba y no al proceso; v) las pruebas derivadas ilícitas son aquellas que directamente emanan de una fuente de producción ilícita. Esta tesis se limita a analizar el régimen probatorio de la prueba derivada con base en la teoría del árbol envenenado (pp. 213-217).

Gerardo Camilo Burbano Cifuentes realizó en el año 2011 una tesis llamada Tratamiento de la regla de exclusión en el sistema jurídico colombiano. En este trabajo se desarrollan tres objetivos: conceptualización de la regla de exclusión, identificación de la fundamentación de la regla de exclusión en el derecho comparado y análisis de la normativa en derecho colombiano de esta figura. Ante múltiples objetivos, múltiples fueron las conclusiones de este trabajo: i) al establecer diferencia entre la supresión de evidencia, ineficacia de actos de prueba por nulidad y regla de exclusión, el autor afirma que esta última no cuenta en Colombia con marco constitucional expreso; sin embargo, desde una perspectiva amplia, el marco constitucional de la regla de exclusión lo conforma el conjunto de garantías y derechos constitucionales; ii) en sentido estricto, la regla de exclusión siempre tendrá relación con la garantía al derecho fundamental del debido proceso; iii) el debido proceso debe entenderse como una conjunto de

garantías procesales; el derecho de defensa, que hace parte del debido proceso, es el que más se relaciona con la regla de exclusión, en especial, las garantías de asistencia de un abogado y la posibilidad de presentar y controvertir pruebas; iii) la Constitución colombiana adoptó para tratar la prueba ilícita la modalidad de ineficacia de los actos procesales; iii) el artículo 29 de la Constitución hace referencia expresa a la prueba ilícita, mas no a la ilegal o a la prohibida; no obstante, ello no quiere decir que en Colombia no se presentan estas últimas: “el debido proceso cubre todas las garantías procesales y hacen parte de él las normas prohibitivas” (p. 332); iv) la prueba ilícita puede tratarse bajo dos modalidades diferentes no sólo en plano nominal: la ineficacia y la regla de exclusión, siendo la principal diferencia entre una y otra que la primera busca eliminar los efectos jurídicos de la prueba (prohibición de valoración) y la segunda busca eliminar materialmente la prueba del proceso antes de que surta efecto en la mente del juez; v) existen tres momentos procesales en los que es factible aplicar la regla de exclusión: en las audiencias preliminares, en la audiencia preparatoria y en la etapa de juicio oral; vi) en la etapa de indagación, la Fiscalía tiene la facultad de rechazar las evidencias obtenidas con violación de garantías fundamentales, ya sea cuando se presente prueba ilícita, prueba ilegal o prueba prohibida; vii) en materia de registros y allanamientos, Colombia adoptó mediante los artículos 223, 231 y 232, la figura jurídica procesal de origen estadounidense llamada *standing*, pero bajo una concepción más amplia, puesto que el procesado, independientemente que sea el titular del derecho a la privacidad, podrá alegar la exclusión de la prueba; viii) se adopta la teoría de la expectativa razonable de intimidad como categoría que habilita la legitimación para solicitar la exclusión; ix) la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 232 del CPP, dejó abierta la posibilidad de que la evidencia hallada en registros y allanamientos, pese a ser declarada ilícita en la investigación inicial, sirva de base para iniciar una segunda investigación sobre otros hechos (el autor considera esta posición como una interpretación errónea de la doctrina de los hallazgos causales); x) es factible aplicar la regla de exclusión a las evidencias presentadas por la defensa o la víctima; para soportar esta conclusión el autor plantea cuatro argumentos: igualdad de armas, los derechos fundamentales también protegen a Fiscalía como parte de un proceso judicial, es un fin general del Estado que la administración de justicia se desarrolle acorde a la constitución y la ley, los derechos fundamentales son exigibles también a los particulares (teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales); xi) la modalidad

regla de exclusión, en comparación con la de ineficacia de los actos jurídicos, resulta ser más garantista de los derechos fundamentales; xii) en materia jurisprudencial, el autor concluye que tanto en la Corte Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia existe una confusión conceptual entre las figuras de la prueba ilícita, prueba ilegal, prueba prohibida, y las modalidades de supresión, regla de exclusión e ineficacia de la prueba (pp. 330-338). Pese al amplio y riguroso estudio, nada se dice en la tesis sobre la cláusula abierta establecida por el artículo 455 al establecer los criterios a tener en cuenta al momento de aplicar la cláusula de exclusión.

El trabajo *Las excepciones a la cláusula de exclusión probatoria como derecho penal del enemigo practicado en Colombia*, presentado por Yeimi Johana Pinilla Arroyave en el año 2011 para optar al título de magíster en ciencias penales y criminológicas, analiza los tres criterios, llamados en el trabajo excepciones o, mucho más radical, postulados normativos contrarios a la norma superior Constitucional, contemplados en el artículo 455 de la Ley 904 de 2004 de cara a la llamada teoría del derecho penal del enemigo. Sin embargo, no analiza el significado, implicaciones y límites del cuarto numeral del mencionado artículo, según el cual deberán considerarse al momento de aplicar la regla de exclusión, además de los tres criterios tradicionales (vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable), “los demás que establezca la ley”. Las conclusiones más importantes del trabajo son las siguientes: i) el debido proceso se constituye como uno de los límites más claros para evitar que se desborde la actuación estatal en el marco de una investigación criminal; ii) si bien las disquisiciones sobre los elementos que deben presentarse para que una prueba sea susceptible de exclusión son bien interesantes, en realidad son innecesarias puesto que:

“tanto el desconocimiento de posturas Constitucionales, como legales, redundaría en un desconocimiento propio del debido proceso, por lo que debe excluirse tanto la prueba que desconoce postulados Constitucionales como aquellos de carácter legal que tengan incidencia clara y relevante en la garantía Constitucional del debido proceso” (p. 58);

iii) La cláusula de exclusión probatoria implica la imposibilidad de valoración de la prueba, tanto directa como derivada; iv) sin embargo, la legislación nacional, claramente influenciada por el derecho extranjero, establece dos excepciones sin soporte jurídico válido, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable; v) estos criterios exceptivos implican que el Legislador

colombiano haya admitido el desconocimiento de garantías fundamentales; vi) lo anterior es una clara consecuencia de la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, puesto que, siguiendo los postulados de Günther Jackobs, los delincuentes de gravedad pasan a ser catalogados como enemigos, que para efectos jurídico procesales sirve como un instrumento para demostrar la efectividad del sistema, negándoseles las garantías constitucionales constituidas a favor de los ciudadanos. La conclusión final de este trabajo presenta una crítica negativa radical a los criterios exceptivos establecidos por el artículo 455 de la Ley 906:

Se trata entonces de la creación de herramientas con las que el Estado legitima su intervención absoluta, sin que para él medien límites, pues con excepciones se logra poner en jaque la regla general, específicamente al determinar que ya no será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación a garantías fundamentales, o precisamente las obtenidas como consecuencia de aquellas que sólo pueden explicarse en razón a las primeras; intervención que es legitimada con un ataque del Estado hacia el ciudadano –ya enemigo- al incluir excepciones provenientes de modelos de Estado foráneos que poco o nada se adecuan a los principios del Estado Colombiano (p. 59).

Otro proyecto de grado realizado en el marco de este posgrado de la Universidad Externado es el titulado Cláusula de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano, realizado por Diana Patricia Henao López (2013). Partiendo de la base de una confusa interpretación y una escasa aplicación de las normas que regulan la cláusula de exclusión, el trabajo plantea el siguiente problema jurídico: “¿Cómo acabar con la falta de interpretación y de aplicación de la cláusula de exclusión contenida en el ordenamiento jurídico colombiano?” (p. 10). Las principales ideas del proyecto de grado realizado por la Dra. Henao López, o al menos las más relevantes para el presente trabajo, son las siguientes:

i) Existen diferencias de origen, objeto y finalidad entre el derecho colombiano y estadounidense respecto de la regla de exclusión; de origen porque en Colombia tiene una regulación positiva (art. 29 de la Constitución, artículos 32 y 455 del Código Procesal Penal), en Estados Unidos la exclusión es una regla judicial fundamentada en la experiencia y creada jurisprudencialmente; de objeto porque en Colombia la exclusión es una verdadera sanción procesal, en Estados Unidos es simplemente un efecto disuasivo por una conducta ilegal de una autoridad policial; de finalidad porque en Colombia se propugna de manera primordial por la

protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, en Estados Unidos se propende por la prevención y disuasión de los agentes del gobierno para evitar que vulneren los derechos consagrados en la cuarta y quinta enmienda de la Constitución.

ii) Se afirma que las verdaderas excepciones a la regla de exclusión en el derecho norteamericano son tres: la excepción de buena fe, la excepción de tacha y la excepción de error inocuo, sumado a la excepción de antijuridicidad de origen español (p. 28).

iii) Al estudiar el criterio exceptivo de la buena fe (*good faith exception*) para aplicar la regla de exclusión, considera la autora que es: “la excepción más peligrosa de todas las desarrolladas por la jurisprudencia norteamericano” (p. 28); sobre su aplicación en el ordenamiento jurídico interno sostiene que: “Esta posición no tiene asidero en Colombia, por cuanto fue desechada en los debates de la ley 906 de 2004, en cuanto las finalidades de la excepción de exclusión en nuestro país no se circunscribe al comportamiento de la policía judicial” (p. 27).

iv) La excepción de la tacha o de impugnación (*impeachment exception*), según la cual se permite utilizar las pruebas excluidas para el único fin de impugnar credibilidad al dicho del acusado si decide voluntariamente rendir testimonio en el juicio, fue regulada por el Legislador colombiano en el artículo 232 de la Ley 906 de 2004. Sostiene que la Corte Constitucional malinterpretó la expresión de este artículo al considerar que palabra “impugnación” hacía referencia al estudio del recurso de apelación, lo que generó la indiscutible declaratoria de inconstitucionalidad de la norma. En todo caso, pese al error interpretativo de la Corte, “la llamada excepción de tacha es también inconstitucional porque, creemos, la regla del párrafo quinto del Art. 29 constitucional no permite al legislador incluir excepciones de ninguna clase: ni siquiera las excepciones aparentemente bien intencionadas como esta” (p. 29-30).

v) Al tocar “la excepción del error inocuo” se advierte que si bien no está consagrada expresamente en el derecho colombiano guarda una similitud considerable con el principio de trascendencia de la nulidad, institución profundamente arraigada en el derecho procesal colombiano. Al definir esta excepción aclara que: “el error inocuo n tiene nada que ver con la entidad o la importancia del derecho o garantías violadas, sino con el pese que tendría la prueba resultante de esa violación en la sentencia condenatoria”.

vi) Considera como excepciones aparentes las reguladas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004: fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado. Son excepciones

aparentes porque “en realidad no impiden la aplicación de la regla de exclusión, sino que la refuerzan al delimitar claramente las pruebas ilícitas y las lícitas” (p. 30).

vii) Sobre el vínculo atenuado advierte que de cotejarlo con el artículo 29 de la Constitución se concluye que no se ajusta al artículo 29 de la Constitución, puesto que: “Cuando existe relación entre una prueba originaria ilícita y una consecencial de está no importa lo mínimo que sea el vicio, se debe rechazar de plano”.

viii) En cuando la fuente independiente, sostiene que es la única excepción “que resiste un test de pertinencia (...) por cuanto no tiene ningún tipo de relación con ilegalidad de prueba originaria y de aquella que se deriva o solo encuentra explicación en razón de la primera” (p. 24). Aunque no se aclara explícitamente en el texto, del contexto en donde se utiliza la expresión se entiende que test de pertinencia es sinónimo de test de constitucionalidad.

ix) El descubrimiento inevitable no se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano puesto que este criterio es “una excepción altamente especulativa y carente de objetividad. Se parte de un juicio inexistente, en el que el operador judicial concluye hipotéticamente que el elemento de prueba igual se hubiese descubierto en el desarrollo de la investigación” (p. 23). En todo caso, sostiene que: “la única manera de aplicarlo razonablemente en el país, sería aplicando al juicio hipotético un estándar riguroso, como el de la duda razonable” (p. 35).

x) En las conclusiones del trabajo se sostiene que, frente a la prerrogativas constitucionales y legales de la nulidad de pleno derecho de las pruebas ilícitas, “existe una tendencia reduccionista de la regla de exclusión, la cual tiende a relativizar su aplicación con fines eficientistas y utilitaristas, degradando conceptos y valores como la legalidad y la justicia frente a la necesidad de generar eficacia y resultados cuantitativos” (p. 74).

xi) También se dice a título de conclusión que “Toda prueba que se obtenga directa o indirectamente con violación del debido proceso ha de ser excluida de la actuación. Se incluyen en este supuesto las pruebas derivadas que siempre deberán ser censuradas sin tener en cuenta la delgada relación con la prueba ilícita o en el carácter inevitable de su hallazgo, porque en el fondo son violatorias del debido proceso constitucional” (p. 75).

xii) Sobre la competencia para aplicar la regla de exclusión, se concluye en el trabajo que deberá ser el juez de control de garantía el llamado a aplicar la exclusión de la prueba, ya que “Admitir lo contrario sería una negación de la cláusula de exclusión, o lo que es lo mismo, su

eficacia sería un aspecto simplemente formal, retórico, como un dogma inocuo que jamás va a tener realización dentro del medio judicial garantista” (p. 75).

xiii) A diferencia del sistema jurídico estadounidense, en el sistema colombiano “la regla de exclusión se encuentra anclada al debido proceso y no al efecto disuasorio y, por lo tanto, la introducción de excepciones a la regla de exclusión probatoria comporta la erosión del sistema de garantías de los derechos fundamentales y, por lo tanto, constituye un ejemplo de irracionalidad legislativa” (p. 77).

I.9.2 Universidad Libre Bogotá

I.9.2.1 Maestría en Derecho Penal

En el marco de la Maestría en Derecho Penal que oferta la Universidad Libre seccional Bogotá se han desarrollado tres trabajos de grado directamente relacionadas con la presente investigación.

El primero lleva por título Prueba ilícita y prueba ilegal. Criterios de diferenciación, realizado por Elizabeth Herrera Aldana y Javier Ojalvaro Cortés Cubides, aprobado en el año 2011. La investigación abordó los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales y doctrinales aplicables para la diferenciación de la prueba ilícita y prueba ilegal?, y ¿qué consecuencias prácticas se derivan del establecimiento de dicha diferenciación? Luego de estudiar las generalidades del régimen probatorio establecido por la Ley 906 de 2004, el trabajo llega a la conclusión que la:

(...) prueba ilegal es la obtenida con violación del debido proceso, lo que la hace nula de pleno derecho, lo cual equivale a su inexistencia y por ello debe excluirse de la actuación, igual tratamiento debe recibir la prueba que sea consecuencia de la prueba excluida¹⁵⁷.

Mientras que la prueba ilícita, es la obtenida con violación grave de derechos humanos, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, lo que genera nulidad de toda la actuación, (...) (2011, p. 49-50).

¹⁵⁷ Según los autores, la cláusula de exclusión está diseñada como mecanismo procesal para el tratamiento de la prueba ilegal: “En torno a la prueba ilegal el legislador desarrollo (sic) el principio de la cláusula de exclusión como mecanismo procesal para contener la violación de garantías fundamentales y el debido proceso en la aducción y producción de los medios probatorios necesarios para el hallazgo de la verdad” (p. 106)

Aunque en estricto sentido no hace parte de la resolución del problema jurídico, luego de analizar detenidamente la función del juez de control de garantías en el derecho procesal penal colombiano, el trabajo recomienda mediante una reforma constitucional ubicar jerárquicamente al juez de garantías por encima del juez de conocimiento, para que así las decisiones que adopte este en cuando a la legalidad o ilegalidad de una evidencia, elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida, entre otras facultades, vincule al juez de conocimiento (2011, p. 107)

El siguiente trabajo lleva por nombre La prueba ilícita en la Ley 906 de 2004 y su exclusión, y fue presentado en el año 2012 por Leonardo Quevedo Castillo, Milciadaes Guerra Moreno y Alfonso Martínez Salceso. El problema jurídico desarrollado por esta investigación es el relativo al momento procesal en el que opera el estudio de la exclusión de prueba; fue planteado por autores de la siguiente forma: “Evidencia y prueba ilícita: ¿en que(sic) momentos procesales es viable su exclusión?” (2012, p.10). El trabajo analiza aspectos generales de la Ley 906 de 2004, del juez de control de garantías, del régimen probatorio y de teorías de la prueba ilícita, la prueba derivada y la necesidad de excluirlas del proceso (frutos del árbol envenenado, del entorno jurídico y del principio de proporcionalidad), llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones: la nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 29 de la Constitución Colombiana corresponde a un fenómeno de inexistencia jurídica¹⁵⁸; la exclusion probatoria puede darse en cualquiera de las etapas del proceso penal (indagación, investigación y juzgamiento); tanto la Policía Judicial, como la Fiscalía que dirige y coordina la investigación, así como el juez de

¹⁵⁸ Sobre la diferencia entre nulidad e inexistencia, se dice en el trabajo: “La nulidad se pregona respecto de los actos procesales, mientras que la inexistencia recae sobre actos de prueba, entendidos como tales, tanto los elementos materiales probatorios, la evidencia física e información como la misma prueba.

La nulidad requiere de decisión judicial que así lo declare, esto es, no opera de pleno derecho; mientras que la inexistencia, por tratarse de un acto producido en las condiciones indicadas, no nace a la vida jurídica y por ende, al ser inexistente, no requiere de decisión judicial, simplemente se excluye de la actuación procesal, sin que pueda servir de fundamento para tomar una decisión.

La nulidad solo puede ser invocada, cuando concurren algunas de las causales taxativamente señaladas por el legislador, mientras que la inexistencia opera siempre que se violen o trasgredan derechos y garantías fundamentales.

En la nulidad operan, entre otros principios, el de taxatividad, instrumentalidad de las formas, residualidad, convalidación y seguridad jurídica, los cuales no son predicables a la figura de la inexistencia.

Es la nulidad el acto irregular produce efectos jurídicos y por ende es vinculante, hasta tanto éste no se decrete por parte del Juez; mientras que en la inexistencia, no se requiere de decisión judicial en la medida que el acto de pruebas jamás nació a la vida jurídica y por tal razón es incapaz de producir efectos de este orden” (Quevedo Castillo, Guerra Moreno, & Alfonso, 2012, p. 109-110)

control de garantías y el mismo juez de conocimiento, tienen la obligación de excluir los elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida con violación de derechos y garantías fundamentales o irrespetando la ritualidad legal; contrario a la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el juez de control de garantías debe tener amplias facultades para pronunciarse sobre la exclusión de los elementos de conocimiento presentados en las audiencias preliminares; consecuencia con lo anterior, debe aceptarse que el escenario propicio para que se dé la exclusión probatoria no es solo la audiencia preparatoria, sino cualquier momento de la actuación procesal, por cuanto el concepto de ilícitud no puede ser subsanado, convalidado, ni depurado, pues ello riñe con el marco ideológico del Estado Social y Democrático de Derecho; las pruebas ilícitas y sus derivadas deben ser excluidas, no generando la declaratoria de la anulación de la actuación procesal, existiendo sin embargo tres casos (tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial) en los que la ilícitud de una prueba merece la anulación del proceso; el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece unas excepciones al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y al artículo 23 de la misma Ley, por lo que debió ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional (2012, p. 113-117).

“A buen seguro, por la gravedad y gran amplitud que adquiere la regla de exclusión, tratándose de las pruebas derivadas y como contrapeso de ello, el artículo 455 de la Ley 906 plantea criterios, o mejor dicho excepciones, para menguar el alcance del inciso 2º del artículo 23 de la misma ley, esto es, supuestos en los que, a pesar del nexo de causalidad entre la prueba ilícita y la derivada, ésta no merece ser excluida y puede ser valorada” (Quevedo Castillo, Guerra Moreno, & Alfonso, 2012, p. 61).

El tercer trabajo lleva por nombre “Entre el juicio justo & la regla de exclusión de prueba ilícita”, fue presentado por los doctores Ingrid Karola Palacios Ortega, Henry Rodríguez Castrillón y Omar Hernando Carreño Garzón en el año 2017. La pregunta de investigación de este trabajo fue: “¿Las excepciones a la regla de exclusión de la evidencia ilícita (prueba ilícita señala el artículo 23 C.P.P.) autorizadas en la ley 906 de 2004, vulneran las garantías judiciales del juicio justo?” (p.10).

Luego de analizar detenidamente la sentencia C-591 del año 2005, y pese a la tesis de la Corte Constitucional, los autores concluyen que los criterios de descubrimiento inevitable y vínculo atenuado son inconstitucionales. Los argumentos en los que se soporta esta conclusión

son los siguientes: i) “en la senetncia C-591 de 2005, no se valoró adecuadamente el efecto perverso que las excepciones tienen de cara a la garantía del juicio justo”(p.83); ii) “Cada excepción, comprende una relativización de uno de los principales contenidos del juicio justo o debido proceso” (p.83); iii) con estos criterios, “el Estado cuenta con el aval para valerse de pruebas irregulares y conducir a la sanción enal de los ciudadanos, quienes, no hay que dudarlo, se encuentran en desventaja de cara al ejercicio del derecho a probar “limpiamente” (p.83); iv) “La Corte Constitucional, al avalar la exequibilidad de las excepciones a la regla de exclusión, respaldó un desequilibrio en el procedimiento penal colombiano a favor del Estado, al permitirle el uso de material probatorio contaminado, bajo criterios absolutamente subjetivos e hipotéticos, de difícil acreditación” (p.84).

I.9.3 Universidad Militar Nueva Granada

I.9.3.1 Maestría en Derecho Procesal Penal

En el marco de este posgrado se encuentra el trabajo de grado titulado “La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad”, realizado por los estudiantes Olga Lucía Ferreira Fajardo y Luis Ariel Rodríguez Ferreira en el año 2015, quienes desarrollaron el siguiente problema de investigación: “¿el vínculo atenuado presenta defectos de constitucionalidad que dificultan su aplicación?” (2015, p. 5), siendo su principal objetivo “identificar y describir los posibles defectos constitucionales que se presentan en la excepción de exclusión por vía de vínculo atenuado” (p. 5). Partiendo de la clásica distinción entre prueba ilícita¹⁵⁹ y prueba ilegal¹⁶⁰, y del estudio de las “excepciones” a la aplicación de la cláusula de exclusión, los autores se ocupan de analizar el vínculo atenuado (*purged taint*) en la jurisprudencia colombiana. Con fundamento en la doctrina, el trabajo señala que los criterios para establecer la exigencia de la excepción por vínculo atenuado son la proximidad temporal,

¹⁵⁹ “Como prueba ilícita se entiende aquella prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la dignidad, al debido proceso, a la intimidad, a la solidaridad íntima, etc. Igualmente, es aquella prueba cuya producción y práctica surgieron debido a tratos crueles, degradantes, inhumanos o tortura. Este tipo de prueba es excluida dentro de cualquier tipo de proceso judicial” (2015, p. 8).

¹⁶⁰ “Por otro lado, la prueba ilegal es aquella que fue producido o descubierto gracias a la violación de los requisitos legales contenidos en el bloque de legalidad, caso en el cual también debe ser excluida. La prueba ilegal se produce o genera cuando, en su recolección, práctica o aducción, se incumplen los requisitos legales esenciales. Por lo anterior, le corresponde al operador judicial determinar si el requisito legal permitido es esencial y determinar su proyección y trascendencia” (p. 8).

la extensión de la cadena causal, el acto libre de voluntad, la gravedad e intencionalidad de la ofensa original y la naturaleza de la evidencia derivada. El trabajo señala como defecto del vínculo atenuado el hecho que “se obtenga una condena mediante la admisión de pruebas recolectadas de manera ilegítima” (p. 24), por lo que propone “que sea declarada inviable debido a la contradicción intrínseca que conlleva” (p.24). Desde lo que puede ser catalogada como una posición ultragarantista, los autores concluyen que:

(...)la finalidad de estas excepciones¹⁶¹, y puntualmente la de vínculo atenuado, no es otra diferente a la de subsanar las irregularidades presentadas por los agentes estatales y particulares que intervinieron en la persecución penal y que vician el proceso penal bajo el supuesto de que el Estado no puede obtener beneficio de una acción ilícita.

Estas excepciones, criterios o mecanismos, y en especial la del vínculo atenuado, vulneran los derechos constitucionales de los procesados, ya que se presentan bajo el ideal de hacer eficiente la persecución penal, buscando un mayor número de sentencias condenatorias sin importar la forma en las cuales estas sentencias fueron generadas.

Y es por ello que nuestra férrea y vehemente posición es que cualquier vulneración de las garantías fundamentales y procesales del individuo, para la obtención de pruebas cuya finalidad sea hacerse válidas en el proceso penal, no pueden ser admitidas por consideraciones eficientistas y deberán ser excluidas de la actuación de conformidad con el inciso final del Artículo 29 superior. Proceder de otra forma sería la supresión de las garantías mínimas del debido proceso.

I.9.4 Universidad de Medellín y Universidad Libre seccional Pereira

I.9.4.1 Maestría en Derecho Procesal

Andrés Fernando Mejía Restrepo (2011) realiza un trabajo de grado para optar al título que otorga este importante estudio de posgrado titulado: Estructuras argumentativas empleadas en la decisión sobre la admisión de la prueba ilícita (Análisis a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana, desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004). Este trabajo parte del siguiente problema de investigación: “¿Cuáles son las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba

¹⁶¹ Se refiere a las establecidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

ilícita, específicamente en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004?” (p. 19-20). En torno al análisis de la prueba ilícita, se descatan de este trabajo las siguientes ideas:

i) Si bien jurisprudencia y doctrina nacional, así como extranjera (el caso Español), marcan una diferenciación conceptual entre prueba ilícita, prueba ilegal y prueba irregular, lo cierto es que “esta clasificación, por lo menos en principio, no ofrece ningún tipo de efecto práctico, ya que como se ha observado, la consecuencia casuística es igual cuando se está frente a una prueba ilícita como cuando se encara una prueba ilegal” (p. 85). Sin embargo, cita el autor algunas providencias del Tribunal Supremo Español para hacer ver que la prueba ilegal podría llegar a hacer admitida bajo un juicio de proporcionalidad que analice las particularidades del caso en concreto¹⁶².

ii) Otra diferenciación conceptual que adopta el autor, amparado en la jurisprudencia constitucional colombiana, es la de prueba ilícita y prueba inconstitucional. La primera hace referencia a “aquel elemento probatorio mediante el cual se afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial, en tanto es obtenido vulnerando derechos fundamentales” (p. 125); la segunda “afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)” (p.125).

iii) Tilda de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, por lo que con su uso se estaría admitiendo pruebas en principio ilícitas, a las teorías de fuente independiente, el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable, nexos causales atenuados o vínculos atenuados, la buena fe y la conexión de antijuridicidad española (p. 88 - 97).

iv) Luego analizar los debates en la Asamblea Nacional Constituyente que dieron origen a la Constitución colombiana de 1991, concluye que la razón principal para incluir la regla de exclusión en la Constitución fue el “aspecto disuasorio que se podía crear a partir de ella con el

¹⁶² Sin embargo, el autor no asume una postura clara y uniforme en este punto, pues en las conclusiones del capítulo en el que se desarrolla la prueba ilícita se dice: “Se puede asegurar que existen motivos válidos, tanto teóricos como pragmáticamente para determinar en categorías diferentes las pruebas ilícitas y las ilegales, de tal suerte que, se amplía el catálogo de derechos o actuaciones de las que se puede predicar ilicitud y por tanto pueden ser excluidas del proceso (no supeditando su ineficacia solo a la violación de derechos fundamentales sustanciales); sin embargo, debido a la intensidad de la violación o trasgresión al derecho (explícita (prueba ilícita) o implícita (prueba ilegal)) la prueba puede ser eventualmente valorada. Por último, es significativo puntualizar que aunque la diferenciación es valiosa y racional, los términos en comento son tratados de manera indistinta por parte de las altas corporaciones colombianas” (p. 124-125).

objeto de evitar prácticas violatorias de los derechos fundamentales, y de manera principal, del debido proceso, mediante métodos, especialmente la tortura, que frontalmente trasgreden éstos y que esencialmente eran usados para inducir la confesión de un delito” (p.104).

v) El artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, no establece una lista exhaustiva y restrictiva de excepciones a la regla de exclusión, sino que contempla una fórmula modulada al establecer “y los demás que establezca la ley”, composición que permite al legislador un amplio campo de configuración para incluir nuevas causales de excepción. Dentro de la lista abierta regulada por el artículo 455, el autor señala que hace parte de ella los los criterios establecidos por el artículo 230 de la Ley 906 de 2004 relativo a las excepciones de orden escrita de Fiscalía para realizar registros y allanamientos (p. 112-113).

vi) A pesar de que la excepción de buena fe no fue incorporada al ordenamiento procesal penal, existen “razones fuertes” para sostener que es válida de aplicación, como la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 de la Constitución Política.

vii) Tras un análisis de más de un centenar de providencias, el autor sólo halló una sentencia en los tribunales de cierre de la justicia colombiana mediante la cual se admitió una prueba ilícita bajo los supuestos de una excepción a la cláusula de exclusión.

I.10 Marco jurídico

La presente investigación parte de la indeterminación de la cláusula abierta que establece el artículo 455 del Código Procesal Penal colombiano (Ley 906 de 2004). Tal como se señaló en la justificación del problema, la idea es estudiar los alcances y límites de las expresiones “y los demás que establezca la ley”, que según el contexto del artículo refiere a los criterios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico local.

Si se entiende ley en sentido estricto como la fuente formal del derecho producida por el Legislador, puede concluirse desde ya que la cláusula abierta del artículo 455 del CPP es vacía: más allá del artículo 232 del CPP que reconoce el llamado requisito procesal del *standing*, no existe ninguna otra disposición normativa legal que contemple criterios para la aplicación de la cláusula exclusión de que habla el artículo 23 del CPP en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, la expresión “ley” debe entenderse en sentido amplio como fuentes formales del derecho: constitución entendida como bloque normativo, precedente judicial, actos administrativos, jurisprudencia y doctrina.

Bajo la anterior premisa la investigación iniciará la labor de intentar delimitar la expresión “y los demás criterios que establezca la ley” contenida en el artículo 455 CPP. Las fuentes del derecho, nacionales e internacionales, que se estudiarán serán las siguientes.

I.10.1 Tratados y convenciones internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, expedida por las Organizaciones de Naciones Unidas (ONU), que entró en vigor el 26 de junio de 1987, artículo 15: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”. En Colombia, Ley 76 de 1986.

Las Directrices sobre la función de los fiscales, expedida por la ONU en el marco del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en 1990, establece en la directriz número 16 que:

“Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia”.

En las llamadas reglas o principios de Mallorca, en donde la ONU propone a los países miembros la adopción de ciertas reglas mínimas para el procedimiento judicial en materia penal conforme a los Derechos Humanos, se establece varias reglas relativas a exclusión de prueba. En el artículo 10º se establece: “Las pruebas obtenidas mediante la transgresión de los derechos consagrados en las reglas Octavo y Noveno no podrán ser utilizadas en el proceso”; la regla 8º

hace referencia a los derechos del capturado¹⁶³ y la regla 9º los derechos del procesado declarante¹⁶⁴. La regla 10º relativa al derecho defensa establece en el numeral 5º: “Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso”. La regla 33º establece en el numeral segundo: “No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, quebrantando derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho”.

También se analizará el tratamiento de la regla de exclusión de prueba por el sistema europeo de derecho humanos. Partiendo del llamado fenómeno de dialogo entre cortes, que es una consecuencia directa de la globalización jurídica y de la pretensión de universalización de los derechos humanos, resalta de especial interés analizar los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entonces a este tema.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en Colombia fue aprobado mediante Ley 742 de 2002, hace alusión expresa a la regla de exclusión (art. 69). A la fecha, se han emitido nuevas normas en torno al tema (reglas de procedimiento y prueba), existen pronunciamiento por la Corte y se han realizado excelentes trabajos académicos. Por lo tanto, la exclusión de prueba en la Corte Penal Internacional será objeto de análisis.

I.10.2 Constitución colombiana

El derecho fundamental sometido a análisis en el trabajo será el debido proceso, que encuentra su consagración normativa en el plano constitucional en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 de Colombia; concretamente, el objeto de estudio se circunscribe al inciso final de este artículo que regula la figura de la regla de exclusión de prueba con la siguiente expresión: “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

¹⁶³ Reglas de Mallorca, 1992. Regla octava. 1) La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con la asistencia de un abogado o aguardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo. 2) Asimismo tiene derecho a contar con un intérprete gratuito en todas las fases del procedimiento.

¹⁶⁴ Reglas de Mallorca, 1992. Regla novena. 1) El imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenaza, engaño, recompensa o otro medio de efecto semejante. 2) Las legislaciones nacionales deberán prever sanciones penales y disciplinarias contra los funcionarios que quebranten el anterior principio.

I.10.3 Leyes

El actual código procesal penal colombiano, ley 906 de 2004, hace alusión expresa en cinco artículos a la regla de exclusión de prueba. Estas disposiciones normativas representan la primera regulación en el plano legal de esta figura en el ordenamiento jurídico nacional.

Teniendo en cuenta el orden numérico del Código, el primer artículo que hace referencia a esta figura es el 23, llamado por el Legislador “Cláusula de exclusión”; dispone este artículo: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Debe resaltarse que esa disposición se encuentra entre el título preliminar que regula los llamados principios rectores y garantías procesales, lo que le da a la regla de exclusión una calidad preferente entre las demás reglas procesales y probatorias.

Una de las principales novedades a resaltar del artículo 23 es la regulación expresa del régimen de exclusión de prueba derivada o refleja. Si bien antes de la entrada en vigencia de esta disposición normativa ya existían algunos antecedentes jurisprudenciales que reconocían expresamente el régimen de exclusión extendida, como es el caso de la conocida sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional, la posición no era aceptada de manera unánime; así por ejemplo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, afirmó en sentencia del año 2005 en el marco de un proceso penal tramitado bajo la Ley 600 que: “la doctrina de los frutos podridos según la cual la ilegalidad de una de las pruebas se extiende a las demás sin importar cual sea su relación con la prueba viciada no tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la norma constitucional no alude a la invalidación de la actuación posterior a ella sino a la nulidad del medio obtenido con violación de las garantías constitucionales o legales, a menos que el vicio recayera en la indagatoria pues de ser así sería imprescindible la anulación del proceso para retrotraer la actuación hasta la nueva vinculación del imputado, ya que sin procesado no puede haber acusación ni juzgamiento” (sentencia 19227).

El artículo 231 regula un tema de especial interés para el desarrollo de este trabajo: la legitimación para solicitar la regla de exclusión. Y aunque el artículo se refiere de manera exclusiva a la violación de la intimidad en el marco del desarrollo del acto de investigación de

registro y allanamiento, puede servir como derrotero para fijar la respuesta a este problema en todos los casos. La regulación de este artículo es la siguiente:

Artículo 231. Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

El siguiente artículo es el 232; en este caso el Legislador hace alusión a las consecuencias de ordenes de registro y allanamiento viciadas, regulando las consecuencias respecto de la evidencia hallada:

“Cláusula de exclusión en materia de registro y allanamiento. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan ~~directa y exclusivamente~~ del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y ~~sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación~~”¹⁶⁵

La distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita construida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ha basado principalmente en el artículo 360 de la Ley 906 de 2004: “Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de pruebas ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

Y, finalmente, el artículo 455, que como se dijo en la introducción del trabajo, contiene la disposición normativa objeto de investigación del presente trabajo. Dispone este artículo, denominado por el Legislador como “nulidad derivada de la prueba ilícita”, lo siguiente: “Para efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo

¹⁶⁵ Expresiones tachadas declaras inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia C-210-07.

atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.

I.10.4 Actos administrativos

No existen actos administrativos en Colombia referente al tema.

I.10.5 Jurisprudencia y precedente judicial

La jurisprudencia, entendida en sentido amplio como todas las decisiones tomadas con base en el ordenamiento jurídico, será una fuente formal del Derecho de especial valor para la presente investigación. En la medida que la disposición normativa objeto de análisis (inciso final del artículo 455 CPP) cuenta con más de una década de vigencia, es necesario estudiar el entendimiento que la judicatura le ha dado.

Para desarrollar esta tarea no solo se identificarán y analizarán providencias relacionadas con el tema, sino que se tendrá en cuenta la teoría del precedente judicial, consolidada en Colombia a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-836 del año 2001; también se tendrá en cuenta los estudios realizados por el profesor Diego López Medina (2011) en lo relativo a la identificación de la *ratio decidendi* y *obiter dicta*, la eventual construcción de líneas jurisprudenciales y el grado de obligatoriedad tanto del precedente como de la jurisprudencia.

A continuación, se hará referencia a algunas de las providencias analizadas de mayor importancia para el desarrollo del trabajo.

I.10.5.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal				
Año	Identificador de providencia	de	Tema	Notas

2009	Sentencia de casación 30711, 27 de mayo, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.	Legitimación para solicitar la cláusula de exclusión. Efectos procesales de la cláusula de exclusión en sede de casación.	Luego de analizar la figura del <i>standing</i> en el derecho comparado, la Corte concluye que: “el quebranto al debido proceso en la producción de la prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tena como directo perjudicado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado”. Por lo tanto, la figura del <i>standing</i> , al menos como funciona en Estados Unidos, no es aplicable en el derecho colombiano. La Corte aplica expresamente el criterio fuente independiente para concluir que no debe excluirse la evidencia encontrada en el registro del vehículo, especialmente la pericia de hallazgo de residuos de disparos, pues no se deriva del registro ilegal vehicular.
2010	Sentencia de casación 33.621, 10 de marzo, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	Se declara la nulidad del proceso por basarse en prueba ilícita obtenida bajo tortura	La Sala enfatizó que tratándose de la prueba obtenida con grave infracción de los derechos humanos en clara afrenta de la dignidad humana, se debe aplicar un régimen más severo de nulidad que se extiende al proceso mismo y no sólo a la prueba obtenida bajo tan indeseables circunstancias, de tal forma que si se omite la regla de exclusión y por esa vía la prueba ilícita llega al conocimiento del juez, el vicio ya no puede subsanarse en casación, con la exclusión mental del elemento de prueba, sino con la invalidación del proceso, la exclusión material del elemento ilícito y el cambio de juzgador. Se trata de una garantía objetiva encaminada a prevenir excesos que afecten derechos fundamentales en los procesos investigativos, de tal manera que el uso de prueba obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, ataca la esencia misma del proceso, conllevando una sanción jurídica acorde con la magnitud de un vicio de esa connotación. Incluso en el ámbito internacional las Directrices sobre la Función de los Fiscales, (ONU 1990), en el artículo 16 preceptúa que si tales funcionarios tienen en su poder pruebas contra sospechosos de las que sepan o tengan indicios fundados de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del inculcado, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se deben negar a utilizarlas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos.
	Sentencia casación 30612, 3 de febrero, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés	Preguntas a testigos en juicio oral por parte del representante de víctimas y el ministerio público.	El problema jurídico reside en lo siguiente: ¿es aplicable la exclusión de la prueba testimonial en casos en los que el juez permita al representante de víctimas hacer preguntas? La respuesta: sólo debe excluirse las preguntas y respuestas dadas por el testigo al representante de víctimas: el resto de la prueba, así como el proceso en general, no se ve afectado.

2011	Rad. 37432, 26 de octubre, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero	Controles judiciales en el acto de investigación de búsqueda selectiva en base de datos	No todas las bases de datos requieren para su acceso de controles judiciales (previos y posteriores) conforme lo exige en el artículo 244 del CPP y la sentencia C-336 de 2007. Si la información que reposa en al base de datos no es de índole personal, se puede entender como un acto de investigación que no requiere controles judiciales. El caso trató del sistema de reparto de procesos implementado a nivel nacional por el Consejo Superior de la Judicatura. El recurrente alegaba que se debían excluir por la falta de controles judiciales, tanto previo como posterior. La Corte concluyó que no había mérito a excluir por ser una base de datos con información pública, no personal.
2012	Auto segunda instancia 36562, 13 de junio, M.P. José Leónidas Bustos Martínez	La exclusión de prueba en la audiencia preparatoria. Acto de investigación: agentes encubiertos y entrega vigilada de dineros.	La ilegalidad generadora de exclusión puede presentarse en la práctica, en la aducción o en la consecución del medio de convicción. En la decisión se aborda un tema de suma importancia: el momento procesal para la aplicación de la regla de exclusión. Se reitera que es el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, y no el de garantías en preliminares, quien tiene la competencia para excluir un elemento de conocimiento. Sin embargo, se aclara que el juez de garantías no puede tener en cuenta elemento de conocimiento susceptibles de exclusión para la toma de decisiones, como sería la inferencia razonable en la medida de aseguramiento. Frente al cargo concreto de exclusión, la Corte aplicó expresamente el criterio de fuente independiente: la entrega vigilada no se derivó de interceptaciones ilegales, sino de la denuncia presentada por la víctima y de su posterior entrevista.
2013	Auto rad. 41.790, 11 de septiembre, M.P. María Del Rosario González Muñoz.	Grabaciones realizadas de manera subrepticia por uno de los que participan en la conversación	Reiteración de criterio: “cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial (...) una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y, iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente”. En este caso, quien tomó las grabaciones no fue directamente la víctima, sino su representante legal. Sin embargo, en la medida que el abogado realizó el acto “con la aquiescencia y en representación de su poderdante, presunta víctima del comportamiento juzgado, con el propósito de preconstituir prueba del comportamiento delictivo” la Corte concluyó que no había mérito para excluirse.
	Auto rad. 40.672, 20 de febrero, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.	Incumplimiento de reglas de producción de la prueba testimonial en	La mera infracción de las reglas técnicas de interrogación por sí misma no constituye un falso juicio de legalidad, y por tanto no procede la aplicación de la regla de exclusión. El silencio de las partes ante los yerros en la producción de la prueba testimonial en el juicio oral (por ejemplo, realizar

		el juicio oral (preguntas prohibidas)	preguntas prohibidas, como la sugestiva o la compuesta) convalida el error.
	Auto rad. 40.721, 29 de mayo, M.P. Fernando Alberto Castra Caballero.	Advertencia de exoneración del deber de declarar cuando el testigo es menor de edad.	Por la edad de la víctima para la época en que declaró (6 años), no es necesario anteponerle el contenido de la Norma Superior del artículo 33 de la Constitución, cuyo texto es reproducido en el inciso 1° del artículo 384 de la Ley 906 de 2004.
2014	Auto AP640-2014, rad. 43.092, 19 de febrero, M.P. José Leónidas Bustos Martínez	Legalidad de interceptación es telefónicas.	La no presentación del contenido de las llamadas interceptadas en la audiencia de control de legalidad posterior no genera ilegalidad alguna. El quebrantamiento de la cadena de custodia de los audios que contienen las llamadas interceptadas no genera la aplicación de regla de exclusión, pues son temas de mismidad y autenticidad. Si la evidencia muestra escaso valor probatorio, puede inadmitirse, pero no excluirse, según dispuesto en literal b del artículo 376. Se aplica el criterio de fuente independiente a favor de un acto de vigilancia y seguimiento pasivo ante una eventual llamada interceptada sin control material posterior.
	Auto AP 1713-2014, rad. 42294, 2 de abril, M.P. Eyder Patiño Cabrera.	Omisión de la advertencia sobre la excepción al deber de declarar a un testigo menor de doce años.	Se trató de una menor de 13 años. El juez olvidó advertirle sobre su derecho fundamental a no declarar contra sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad. La Corte consideró que la omisión no genera una irregularidad que torne procedente la exclusión de la prueba, máxima si se tiene en cuenta que: “en modo alguno se evidencia que, durante el juicio, la Fiscalía o el Juez hubiesen pretendido direccionar o constreñir a la niña para que hiciera una narración en un sentido determinado; por el contrario, fue totalmente voluntaria, franca, sencilla y rodeada de plenas garantías, tanto para ella como para los sujetos intervinientes”.

	Sentencia SP 8473-2014, rad. 37361, M.P. Eugenio Fernández Carlier	Exclusión evidencia hallada en diligencia de registro y allanamiento. Función judicial del Ejercito: agente encubierto.	Hechos relevantes. Dos miembros del ejército, sin mediar orden de fiscal o juez, realizaron diligencia de agente encubierto, que sirvió para identificar que el 15 de septiembre de 2004 se haría una entrega de 50 kilos de cocaína en un lugar determinado. Ante la información suministrada, el Fiscal 132 Seccional expidió orden de registro y allanamiento. Se halló droga y una alta suma de dinero, así como la captura de 3 personas. Desde el día anterior al registro y allanamiento, es decir, el 14 de septiembre, la Fiscalía 37 Seccional había ordenado interceptación de los abonados telefónicos de los capturados, además de labores de vigilancia y seguimientos contra ellos. Se aplica exclusión para el acto de investigación de agente encubierto (conocimiento adquirido por los militares), pero no para los objetivos incautados, pues se presenta el fenómeno de fuente independiente y descubrimiento inevitable.
	Auto de segunda instancia AP1282-2014, rad. 41741, 17 de marzo, M.P. Eyder Patiño Cabrera	Legalidad de los documentos que reposan en la Registraduría del Estado Civil. Grabaciones por parte de la víctima.	La obtención de documentos que reposan en la Registraduría del Estado Civil no requiere controles judiciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 213 del Código Electoral. Sobre las grabaciones tomadas por el sujeto pasivo, la Corte reiteró la regla en estos casos: “la víctima, por sí misma o por interpuesta persona, perfectamente puede hacer la grabación de voz o de imagen, cuando está siendo objeto de una conducta punible por parte de un tercero, y éste, prevalido de ese interés de perseverar en el ilícito fin propuesto, se expone a ser captado de una u otra manera por equipos tecnológicos fabricados para tales fines –registrar voces y/o imágenes-, y esa recopilación puede ser tenida como elemento de convicción lícito y con la virtualidad de ingresar a la actuación penal, sin ser sometida a control de legalidad alguno”. Esta posibilidad a favor de la víctima no está condiciona a circunstancias de tiempo o espacio, ni se requiere la existencia de una noticia criminal al momento de efectuar la grabación.
	Auto AP 3466-2014, rad. 43572, 18 de junio, M.P. Eugenio Fernández Carlier	Interceptación de teléfonos. Inicio del término para control judicial posterior.	La orden de interceptación es una sola compuesta de varios actos que corresponden a una misma unidad y finalidad, por lo cual el control judicial formal y material es uno solo, que abarca la totalidad de la actuación realizada durante el límite de tiempo de la orden impartida y no cada segmento de ella. No genera ilegalidad que torne aplicable la exclusión el hecho que un fiscal seccional ordene la interceptación del teléfono de un indicado que tenga fuero, y por este deba ser indagado por un fiscal diferente.
	Sentencia de casación SP10303, rad. 43.691,5 de agosto, M.P. Eyder Patiño Cabrera, M.P. Eyder Patiño Cabrera	La violación de la cadena de custodia genera la exclusión de la prueba.	En un caso tramitado por la Ley 600 de 2000, la Corte concluye que “la desatención de las reglas de cadena de custodia no comporta la infracción del principio de legalidad probatoria, sino que puede llegar a afectar el valor suasorio que pudiera conferírsele al medio de prueba involucrado”.
2015	Sentencia de casación SP9792-2015, rad.	Correos electrónicos de menores de	Teniendo en cuenta que la titularidad del correo electrónico de donde se extrajeron los mensajes era compartida entre la madre y la hija –se trataba de un correo institucional (...edu.co) con el

	42307, 28 de julio, M.P. Patricia Salazar Cuéllar	edad. Derecho a la intimidad de menores de edad. Controles judiciales.	objetivo de acceder a una plataforma virtual educativa– la Corte concluyó que no se afectó el derecho a la intimidad de la menor. Por lo tanto, estos mensajes no “requerían ser sometidos al procedimiento establecido para los hallazgos consecuencia de una interceptación, ni de la recuperación de información dejada al navegar de una interceptación, ni de la recuperación de información dejada al navegar por internet y otros medios tecnológicos o de la actividad de policía judicial, ya que fueron descubiertos por la propia testigo en la cuenta corporativa de la que era titular.
2016	Auto AP 098-2016, rad. 34099, 18 de enero.	Interceptación de teléfonos entre procesado y abogado. Criterios del hallazgo casual.	El derecho de defensa implica la garantía de comunicarse libre y privadamente (<i>confidencialmente</i>) con su defensor. Lo que excluye la posibilidad de extender el alcance de las interceptaciones a tan especial esfera de comunicación, al margen de cuál sea la línea intervenida. Sumado a lo anterior, está en juego la garantía del secreto profesional. Sin embargo, la Corte aplicando la tesis del Tribunal Supremo Español del hallazgo casual, advierte que si se intercepta llamadas que dejen entrever la posible comisión de delitos, no es aplicable la cláusula de exclusión. No sucede lo mismo cuando se trate de hallazgos causales de las estrategias de la defensa. En estos casos opera la regla de exclusión. La Corte aclara que la posibilidad de interceptar llamadas entre el procesado y el abogado sólo opera por hallazgos casuales. Está prohibida la intervención directa del número de teléfono del abogado. Aplicación del <i>standing</i> : solo puede solicitar la exclusión de prueba el abogado titular del derecho subjetivo al secreto profesional.
	Sentencia SP12158-2016, R. 4518, 30 de agosto, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa	Validez de las pruebas derivadas de los computadores de Raúl Reyes, incautados por medio de la llamada operación Fenix. Caso de Miguel Ángel Beltrán Villegas, alias Jaime Cienfuegos	Hechos y actuación procesal relevante del caso: se emitió orden de captura contra MABV, alias Cienfuegos, con base en la información aportada por los computadores de Raúl Reyes, en otrora declarados ilícitos. Al momento de la captura, se encuentra de forma incidental una USB en el bolso o mochila que portaba el capturado, la cual es incautada y sometida a análisis forense. De ella se extrae material incriminatorio. La Defensa alega exclusión por ser material derivado de prueba ilícita. Para tomar una decisión, la Corte analiza el alcance del llamado registro incidental a la captura. Concluye que si una de las premisas para que se presente es la captura legítima, tal requisito no se cumple en este caso, toda vez que para conseguir la expedición de la orden de captura la Fiscalía aportó los informes de policía judicial rendidos por el Subintendente J.L. P. y el Intendente B. T. L., que dan cuenta de la recolección de evidencia e información hallada en los computadores de alias Raúl Reyes, la cual fue ilegal, de modo que compromete la legalidad de la captura, del registro incidental, de la incautación de la USB y de los archivos allí encontrados, así como de los informes rendidos sobre los mismos.

			La cláusula de exclusión no sólo opera en la etapa de juzgamiento. En sede de indagación e investigación los jueces de garantías deben verificar que las evidencias aportadas para ordenar actos de investigación que restringen derechos sean ajustadas al ordenamiento jurídico, so pena que el acto de investigación y la evidencia hallada sea declarada posteriormente ilícita o ilegal, según corresponda.
	AP 4217-2016. R. 44421, 29 de junio, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.	Exclusión por omisión del juez en advertir la exoneración del deber constitucional de declarar a menor de edad. Irregularidad en las reglas de producción de la prueba testimonial.	Tratándose del testimonio de niños (0-12 años), la advertencia acerca de la exoneración del deber de declarar contra sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad no sólo en razón de la incomprensión normativa que en línea de principio es predicable del infante; también debido a que, al no poderseles imponer juramento, no existe ningún acto institucional de apremio para declarar. Por consiguiente, mal podría catalogarse el aludido acto informativo como esencial, cuando el testigo es una persona menor de doce años de edad. En este tipo de casos debe demostrarse una efectiva violación de la garantía fundamental contemplada en el artículo 33 de la Constitución: que la autoridad judicial compele, apremie o coaccione al testigo a declarar en contra de sus parientes. Las irregularidades en la práctica de la prueba testimonial – preguntas compuestas y sugestivas– no generan la aplicación de la regla de exclusión.
2017	Auto AP 642-2017, rad. 34099, M.P. Eugenio Fernández Carlier.	Interceptación de teléfonos entre procesado y abogado. Criterios del hallazgo casual.	El test de proporcionalidad como metodología para la aplicación de la regla de exclusión: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La regla de exclusión requiere analizar sus consecuencias intraprocesal y extraprocesal. Luego de realizar un ejercicio de proporcionalidad, concluye, contrario a lo dispuesto en el auto AP 098-2016, que todas las interceptaciones telefónicas deben excluirse en virtud del derecho fundamental al secreto profesional, también el de defensa. Deben excluirse en virtud de los mencionados derechos: las interceptaciones de comunicaciones del abogado cliente, o en sentido inverso; o cuando al proceso se allega comunicaciones producto de intervenciones a las líneas empleados por el encartado con su defensor. Cambio radical de tesis jurídica respecto del AP 098-2016: el derecho fundamental al secreto profesional y derecho defensa generan, sin excepciones, la invalidez jurídica de las interceptaciones telefónicas entre abogado y cliente.
	Auto AP 1140-2017, rad. 49423, 22 de febrero, M.P. Eyder Patiño Cabrera	Impedimento de miembros de policía judicial. Inicio del término para realizar control posterior de	Pretermitir una causal de impedimento de un miembro de policía judicial no genera la exclusión de la prueba recolectada por este, o de su dicho en sede de juicio. Las 24 horas que establece el artículo 237 del CPP para realizar la audiencia de control posterior de las interceptaciones telefónicas inician a contar con el cumplimiento total de las órdenes, y no con la presentación parcial de los informes. Bajo este entendido, al no vencerse término alguno, no es aplicable la exclusión de la prueba.

		intercepcion es telefónicas.	
--	--	---------------------------------	--

1.10.5.2 Corte Constitucional

Corte Constitucional			
Año	Providencia	Tema	Notas
1993	C-150, 22 de noviembre, M.P. Fabio Morón Díaz.	Demanda de inconstitucionalidad contra el Código Procesal Penal (Decreto 2700 de 1991), arts. 7, 251, 272 y 342.	La Corte Constitucional aclara que la expresión “debido proceso” del artículo 29 se refiere a la violación del principio de contradicción. Por lo tanto, la afectación de esta garantía trae consigo la nulidad de pleno derecho de la prueba, con fundamento en el mencionado artículo 29 de la Constitución.
1995	C-491, 2 de noviembre, M.P. Antonio Barrera Carbonell.	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 del decreto 2282 de 1989 que reguló las causales de nulidad en materia procesal civil. Salvamente de voto: José Gregorio Hernández Galindo.	El problema jurídico de la sentencia consistió en la omisión del Legislador de consagrar como causal de nulidad la establecida en el artículo 29 de la Constitución relativa a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. La Corte declara la exequibilidad en el entendido que además de las causales consagradas en el Código Procesal Civil es viable invocarse la prevista en el artículo 29 de la Constitución, la cual es aplicable a toda clase de procesos. Define la expresión “con violación del debido proceso” consagrada en el artículo 29 de la Constitución como “la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta”- En el salvamento de voto se expone que ante la aplicación de la nulidad planteada en el artículo 29 “el proceso es nulo, al menos en parte, o podría serlo todo, si la prueba afectada por la nulidad resulta decisiva dentro del trámite correspondiente”.
1996	C-217-96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 del decreto 2282 de 1989 que reguló las causales de nulidad en materia procesal civil.	En esta ocasión la Corte se ocupa de analizar el saneamiento de las nulidades, concluyendo que la establecida en el artículo 29 relativa a pruebas no es susceptible a saneamiento, en atención a su rango constitucional, por lo que lo relativo al saneamiento: “solo puede dispuesto por el Constituyente, luego mientras la Carta no disponga lo contrario, configurados los hechos que implican la vulneración del debido proceso, se tiene la ineluctable consecuencia de la nulidad de pleno derecho”. Partiendo de la indefinición del debido proceso, la Corte advierte que es el “juez el llamado a evaluar, con arreglo a las normas legales propias de cada juicio, si los hechos que dan lugar a ella -las violaciones del debido proceso en la obtención de la prueba- en verdad han ocurrido”.

	T-696, M.P. Fabio Morón Díaz	La sentencia estudia el alcance del derecho a la intimidad sobre la correspondencia y las comunicaciones privadas.	Se analiza al alcance del derecho a la intimidad en el caso de notas personales. Aunque no se hace alusión al tema prueba ilícita, en la medida que la acción de tutela fue presentada contra un periodista y un medio de comunicación que divulgó la noticia, la Corte establece la exigencia de orden judicial previa para efectuar el análisis de correspondencia privada, como sería el caso de notas personales, incluso en tratándose de funcionarios públicos.
1997	T-003, 21 de enero, M.P. Jorge Arango Mejía	Se trata de determinar si el criterio de selección de aspirantes a un postgrado, en el que la universidad tuvo en cuenta el puesto ocupado por el candidato dentro del número de graduados de la promoción, es violatorio del derecho a la igualdad y, por ende, susceptible de cambio por vía de tutela.	El tema de la prueba ilícita se aborda en esta sentencia porque el accionante allegó como prueba la grabación de una charla privada que sostuvo con el doctor G.A.V. La grabación se realizó de manera oculta para el mencionado doctor. Considera la corte que el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, y conforme el precedente de la sentencia T-530 de 1992, impide que: “las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales”. Por lo tanto, aplicó sobre esta la nulidad establecida en el artículo 29 de la Constitución, considerando que: “la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba u el respeto de la persona humana”.
	C-372, 13 de agosto, M.P. Jorge Arango Mejía	Demanda de inconstitucionalidad contra el decreto 2282 de 1989, reformatorio del Código Procesal Civil	Al estudiar la posibilidad de alegar la nulidad de pleno derecho de que habla el artículo 29 de la Constitución en el recurso extraordinario de revisión, la Corte expone que si bien el mencionado artículo hace referencia a la “nulidad de pleno derecho”, y que aunque este tipo de nulidades se caracterizan por no requerir decisión judicial para su reconocimiento, en materia procesal y probatoria, en virtud de principios como la seguridad jurídica, se torna insoslayable la decisión judicial que la reconozca. Luego de analizar una a una las causales de revisión consagradas por el Legislador, llega a la conclusión de que no es viable alegar la aplicación de la regla de exclusión como causal de recurso de revisión. Explica la expresión “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” diciendo: “Esta norma significa que sobre toda prueba “obtenida” en tales condiciones, esto es, averiguada y, principalmente, presentada o aducida por parte interesada o admitida con perjuicio del debido proceso, pende la posibilidad de su declaración judicial de nulidad”
1998	T-008, M.P. Eduardo Cifuentes	El accionante denunció que la decisión tomada por el Tribunal Nacional	La prueba estudiada por la Corte en este caso se refiere a un testigo con reserva de identidad, practicado al margen de lo dispuesto en las normas contenidas en los decretos 099 de 1991 y 2271 de 1991 que establecen las siguientes reglas: i) el agente

		<p>constituyó vía de hecho judicial por, entre otras cosas, otorgar efectos <i>contra reo</i> a pruebas nulas de pleno derecho</p>	<p>del Ministerio Público debe estar presente durante la práctica del testimonio para constatar la huella dactilar del testigo corresponda efectivamente a este y ii) debe levantarse un acta separada y reservada, en la cual figure el nombre y otros datos personales del declarante, con el propósito de permitir al juez una mejor valoración de la prueba o de que la defensa pueda llamar al testigo a contrainterrogatorio, entre otras razones. Con base en la declaración mencionada se practicó un allanamiento a la hacienda “Los Naranjos”, dentro del cual fue encontrada una pistola Colt 45 de propiedad de Tulena Tulena, la cual fue utilizada para cometer la masacre que originó la investigación, según pudo establecer el examen de balística realizado posteriormente.</p> <p>Ante la verificación de las omisiones legales en la práctica de la prueba, resuelve la Corte considerarla “nula de pleno derecho y, en consecuencia, debe ser excluida de expediente. Proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado Constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo”.</p> <p>Reitera la Corte una característica de la nulidad de pleno derecho sobre la prueba: “no todo vicio implica la descalificación absoluta y definitiva del acto judicial (...) sólo en aquellos caos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta”.</p> <p>Nada dice la Corte sobre la aplicación de la nulidad de prueba derivada. En la medida que se trata de un caso en donde claramente debió estudiarse el tema, puede concluirse que la Corte consideró inaplicable el régimen de prueba derivada.</p>
Auto 026, 30 de junio, M.P. Fabio Morón Díaz	Se estudia la solicitud de nulidad planteada contra la Sentencia T-008 de 1998.	El fundamento de la nulidad se centra en la omisión del accionante de excluir las pruebas conexas de la considera nula de pleno derecho.	Realmente la Corte elude el estudio del argumento, y se contenta simplemente con citar providencias en las que ha fijado los criterios para la procedencia de la acción de tutela por errada valoración probatoria, para finalmente advertir que la Sala de Revisión no incurrió en cambio de jurisprudencia, cosa que es cierta en la que medida que para ese entonces la Corte no había si quiera mencionado la posibilidad de nulidad de prueba derivada obtenida con violación al debido proceso.
C-093, 18 de marzo, M.P. Vladimir Naranjo Mesa	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 del decreto 960 de 1970, según el cual los notarios sólo pueden negarse a autorizar el	La Corte reitera el criterio expuesto en la sentencia C-372 de 1997 sobre el alcance de la expresión “nula de pleno derecho” del artículo 29 de la Constitución: “la nulidad constitucional referida requiere para su realización la previa declaración de autoridad competente, es decir, de aquella que viene conociendo del proceso y, por tanto, de la que tiene potestad para declararla”.	

		instrumento notarial en casos de nulidad absoluto, lo que no incluye la nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 29 de la Constitución.	Sobre la pretensión del demandante concluye la Corte que en la medida que el trámite notarial no responder a una actuación judicial o administrativa de naturaleza contenciosa, las nulidades procesales o probatorias, propias de este tipo de actuaciones, no le son aplicables.
2002	SU-159, 6 de marzo, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	El problema jurídico principal relacionado con el tema de prueba ilícita fue el siguiente: “¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas?”	Esta providencia estudia detalladamente la nulidad de pleno derecho sobre prueba establecida en el artículo 29 de la Constitución. Desde un punto de vista terminológico debe resaltarse que la Corte utiliza por primera vez las expresiones “regla de exclusión”, “prueba inconstitucional” y “prueba ilegal”. Las principales ideas de esta sentencia son las siguientes: i) sólo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procede tutela contra providencia judicial por vía de hecho por configurarse un defecto fáctico positivo; ii) la regla de exclusión contiene dos elementos: las fuentes de exclusión y la sanción; iii) las fuentes jurídicas de exclusión pueden ser la prueba inconstitucional y la prueba ilícita; iv) la sanción genera que la prueba no pueda ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad; v) esta nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes sobre las cuales pueda dictarse la sentencia; vi) la aplicación de esta sanción no opera de manera mecánica o sencilla, debe tenerse en cuenta tres aspectos: 1° la importancia de la regla quebrantada, 2° el concepto de debido proceso comprende la limitación de cualquier derecho fundamental y 3°. 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; vii) el objetivo de la Asamblea Nacional del Constituyente al incluir el tema de la validez de la prueba en el artículo 29 fue incluir 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; viii) la regla general de exclusión también cumple otras funciones: “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”

			<p>ix) la exclusión de prueba exige para su aplicación de decisión judicial, pues es necesario 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”;</p> <p>x) aunque lo niega para el caso, la Corte reconoce la posibilidad de exclusión de prueba derivada, definiéndolas como aquellas que: “proviene de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita”.</p> <p>xi) establece que existen cuatro tipos de criterios para determinar si una prueba se deriva de una primaria viciada: “criterios formales – si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de <i>gradualidad</i> –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de <i>conducta</i> –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios <i>materiales</i> –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenua el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa”</p>
	<p>Salvamento de voto, SU-159, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Suscrito por: Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.</p>	<p>A diferencia de la posición mayoritaria, los magistrados disidentes consideraron algunas de las pruebas valoradas tenían relación directa o indirecta con la grabación ilícita, por lo que debieron ser excluidas con fundamento.</p>	<p>Se parte de la basa teleológica de la exclusión encaminada a desestimular la concesión de prueba por medio de la violación de una norma de derecho procesal, material o constitucional. Reconoce la doctrina del efecto reflejo, pero advirtiendo que se debe diferenciar entre: “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal).</p> <p>Las pruebas que debieron ser excluidas por ser pruebas derivadas de la grabación ilícita son las siguientes:</p> <p>i) la declaración de Mercedes Del Vasto Aryure, porque varias de las preguntas realizadas por la Fiscal Delegada se refirieron directamente al diálogo interceptado de manera ilícita.</p> <p>ii) la misma situación ocurre con la declaración juramentada de Fabiola Gómez Daza.</p> <p>iii) también debieron considerarse ilícitas “todas aquellas pruebas relacionadas con las manifestaciones públicas que hicieran las partes a los diferentes medios de comunicación, porque a pesar de haber sido de manera libre y espontánea por parte de los involucrados; este hecho, no sea de ninguna manera la ilicitud”.</p> <p>Para sustentar la posición de que estas pruebas debieron ser excluidas, se sostiene en el salvamento de voto que entre la principal y la derivada existió un nexo de causalidad.</p> <p>Además de las consideraciones relativa al régimen de prueba ilícita derivada, se sostiene que: “la sentencia que se funde <u>así sea en una sola prueba ilícita</u> debe ser considerada nula” (negrilla y subrayado fuera del texto). Reitera esta idea diciendo: “la prueba ilícita, que es nula de pleno derecho, hace nula también de pleno derecho a la sentencia que se fundamenta en ella así sea parcialmente”.</p>
2003	SU-1159, M.P. Manuel José	El problema jurídico versó sobre la	Se ocupa de analizar la dimensión positiva del defecto fáctico, reiterando las posiciones vistas en la sentencia SU-159 de 2000.

	Cepeda Espinosa	eventual falsedad de un documento que fue base para la resolución judicial.	Concluye que: “los errores en una prueba, no le restan valor a otras pruebas independientes de la que contiene la equivocación. Además, cuando las pruebas que integran el acervo son autónomas, la no exclusión de una prueba viciada no basta para concluir que todo el acervo probatorio y la valoración que del mismo hizo el juez en ejercicio de la sana crítica, están también viciados. Igualmente, el juez de tutela no sustituye al juez ordinario en la valoración de las pruebas, sino que se limita a apreciar si éste incurrió en una vía de hecho”. Aunque la Corte acepta la falsedad del documento, lo cierto es que el documento no fue determinante para la decisión judicial, por lo que no considera que no es procedente el cargo.
	T-1120, 27 de noviembre, M.P. Álvaro Tafur Galvis	El problema jurídico reside en la validez de una prueba aportada en el trámite de segunda instancia surgido en virtud de apelación contra un auto en el que se resolvió declarar no probada la excepción de pleito pendiente	El razonamiento de la Corte parte de la siguiente idea: salvo excepciones justificadas y razonables, el demandante y demandado deberán contar con las mismas posibilidades de ataque y defensa, por lo que los jueces no pueden privar a ninguna de las partes de la oportunidad de probar y la posibilidad de contradecir la prueba. La parte demanda presentó en el trámite de segunda instancia prueba documental afirmando que estos no alcanzaron a llegar oportunamente al proceso y advirtiendo que son indispensables a fin de buscar la verdad real del caso. La <i>ad-quem</i> le otorgó pleno valor probatorio a los documentos aportados. La Corte reitera dos tesis relativas a la nulidad de pleno derecho sobre pruebas establecida en el artículo 29 de la Constitución: i) requiere ser decretada y ii) se debe analizar: “el alcance constitucional de las formalidades que fueron desconocidas, de los derechos fundamentales comprometidos en el procedimiento indebido, y del goce los derechos constitucionales que la decisión que apreció la prueba pretendía salvaguardar”. La Corte concluyó que la decisión de darle plena validez a la prueba documental violó el derecho al debido proceso, por lo que resolvió orden a la Sala decretar su nulidad y fallar la alzada sin considerarlas.
2005	C-591, 9 de junio, M.P. Clara Inés Vargas Hernández	Demanda de inconstitucionalidad contra múltiples artículos de la Ley 906 de 2004. Sobre el tema de regla de exclusión, la demanda recayó sobre el artículo 232 y 455 de la Ley 906 de 2004, y la Corte generó integración normativa con los artículos 23 y 457. La demandante alega que la expresión “ <i>directa</i> y	Principales tesis de la sentencia: i) La regla de exclusión recae sobre la prueba “obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales”. ii) La regla de exclusión es aplicable durante todas las etapas del proceso penal, lo que hace que sea posible excluir no sólo pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física. iii) El artículo 23 de la Ley 906 de 2004 reafirma la regla contemplada en el artículo 29 de la Constitución. iv) La expresión “directa y exclusivista” establecida en el artículo 232 de la Ley 906 de 2004 referente a la exclusión de evidencia hallada en un registro y allanamiento considerado inválido es contraria a la Constitución debido a que “restringe el alcance del artículo 29 constitucional” en la medida que todo elemento probatorio y evidencia física que se obtenido en una diligencia de registro y allanamiento considerada inválida

		<p><i>exclusivamente</i>” del artículo 232 de la Ley 906 de 2004 es contrario al artículo 29 Superior por cuanto este último alude a toda prueba obtenida con violación al debido proceso, sin hacer distinción alguna. De igual manera, estima que el artículo 455 <i>ejusdem</i> vulnera la misma disposición constitucional, ya que <i>“no hay excepción a la prueba obtenida con violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir inexistente”</i>.</p>	<p>“carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependen directa y exclusivamente”.</p> <p>v) A título de <i>obiter dicta</i> la Corte menciona el criterio de hallazgo causal para el análisis de exclusión probatoria cuando menciona: “si en la diligencia inválida (...) se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad”.</p> <p>vi) El artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece “un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas”, los criterios sirven para “analizar si una prueba realmente deriva o no de otra”.</p> <p>vii) Para realizar el juicio ponderativo el juez “deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, la 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”. Además 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”.</p> <p>viii) Por regla general, la regla de exclusión recae sobre prueba, y no sobre el proceso. Sin embargo, se deberá, además de excluir la prueba ilícita, declarar la nulidad del proceso cuando la prueba haya sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial (“mediante la perpetración de un crimen de <i>lesa humanidad</i> imputable a agentes del Estado”).</p> <p>ix) la anterior posición la Corte la fundamento en dos tesis: la obtención de prueba con violación de derechos humanos rompe cualquier vínculo con el proceso; la perpetración de un crimen de <i>lesa humanidad</i> imputable a agentes del Estado en el marco de una investigación judicial genera un vicio insubsanable que se trasmite a todo el 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”; queda comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso.</p> <p>x) Con fundamento en la última justificación mencionada, imparcialidad del juez, la Corte advierte que declarada la nulidad del proceso debe remitirse a un juez distinto.</p>
Salvamente de voto. Sentencia C-591 del 9 de junio.	Su disidencia recae sobre la declaratoria de exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004.		Sostiene la postura que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 debió declararse inexecutable, por cuanto los criterios establecidos por esta norma hacen que las pruebas ilícitas (obtenidas con violación de las garantías fundamentales), se

	Magistrado disidente Alfredo Beltrán Sierra		<p>transformen “por arte de magia en lícitas”, la cual no se encuentra autorizado por la Constitución.</p> <p>Sobre el criterio vínculo atenuado afirma que su aplicación queda “sumida en el campo del subjetivismo, y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria, de tal suerte que el capricho sea el criterio para declarar que existe “vínculo atenuado” y por ese camino dotar de validez a pruebas que carecen de ella”.</p> <p>Sobre la fuente independiente denuncia que con ella “se quiere ocultar lo inocultable. (...) Esta distinción entre fuente dependiente y fuente independiente que proviene del Derecho Anglosajón, tan sólo se rige por el utilitarismo en materia jurídica, para darle entrada al proceso a todo lo que resulte “útil”, dejando a salvo la apariencia de licitud, para quedar a paz y salvo con el Derecho aunque se conculquen los derechos fundamentales.</p> <p>Sobre el descubrimiento inevitable considera que “pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades (...)”.</p> <p>Por último, advierte del peligro de la expresión “los demás que establezca la ley” regulado por el artículo 455: al no especificar los criterios aplicables al juicio de regla de exclusión “se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos, lo que resulta inadmisibles en el Derecho Procesal Penal, instituido para juzgar pero conforme a la Constitución y con el más ascenderado respeto a la integridad de los derechos humanos”.</p>
	C-1154, 15 de noviembre, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	Demanda de inconstitucionalidad con múltiples pretensiones. Sobre el tema prueba ilícita, la demanda va dirigida con el artículo 455 de la Ley 906 de 2004	<p>El demandante considera que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 vulnera el inciso final del artículo 29 de la Constitución al contemplar una excepción a la regla general sobre la exclusión de la prueba obtenida con violación al debido proceso.</p> <p>La Corte encuentra que ya se ha emitido un pronunciamiento por el mismo cargo que se presenta en esta oportunidad contra el artículo 455. Por lo tanto, la Corte declarará estarse a lo resuelto en la sentencia C-591 de 2005 que declaró la exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado</p>
	T-453, 2 de mayo, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	El objetivo principal de la sentencia consistió en determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual, resulta razonable y proporcional como	<p>Reitera la tesis acerca de las fuentes de exclusión amplia: “no sólo por la vulneración de las reglas propias del debido proceso, sino también cuando la obtención de la prueba implica una vulneración de otros derechos fundamentales”.</p> <p>Las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas</p>

		<p>mecanismo para garantizar la defensa del proceso.</p>	<p>constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.</p> <p>Se advierte por parte de la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional colombiana la necesidad de ponderar el derecho a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales y el derecho a la defensa del procesado, en la admisión, práctica y valoración de pruebas.</p> <p>La Corte en el resuelve de la sentencia ordenó excluir la prueba referida a aspectos de la vida íntima de la víctima que van más allá de la órbita de los hechos que configuran la conducta punible.</p>
	<p>T-902, 1 de septiembre, M.P. Margo Gerardo Monroy Cabra</p>	<p>El problema jurídico: analizó la configuración de vía de hecho por defecto fáctico al no apreciar parte del material probatorio allegado al proceso judicial.</p>	<p>La Corte reiteró que es procedente tutela contra providencia judicial por configuración de defecto fáctico cuando “no se aplica la regla de exclusión de la prueba ilícita y con base en esta, el juez de la causa decide el asunto jurídico debatido”.</p>

2006	T-057, 2 de febrero, M.P. Álvaro Tafur Galvis	La Corte se ocupó de evaluar la violación de los derechos al debido proceso, a la igualdad, al acceso efectivo a la administración de justicia y a su honra y buen nombre analizando tres aspectos: i) si el accionante fue investigado y juzgado sin que se hubiese comprobado la conducta criminal previa que exigía el punible que se le endilga (enriquecimiento ilícito); ii) si el mismo no contó con la oportunidad de contradecir la más importante de las pruebas esgrimidas en s contra; y iii) si lo que correspondía era absolverlo de la acusación que le fue formulado, habida cuenta que las pruebas allegadas al expediente no desvirtúan su inocencia.	Ideas principales expuestas en la sentencia a título de <i>obiter dicta</i> : i) La ilicitud de los elementos probatorios se puede dar tanto en su búsqueda, recaudo e incorporación ii) La ilicitud que torna procedente la aplicación de la exclusión se identifica con: “las prácticas contrarias al trámite previamente establecido para el efecto y ii) con el desconocimiento de las facultades de contradicción, intermediación y publicad”. iii) En todos los casos deberá realizarse una ponderación entre el derecho fundamental vulnerado con el compromiso del elemento probatorio con otros derechos constitucionales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. vi) Para que sea relevante la prueba ilícita como causal de procedencia de tutela contra providencia judicial debe evaluarse que la invalidez llegue a ser empleada para formar el convencimiento del juez. v) “cuando en la búsqueda y obtención de elementos de convicción las autoridades recurren a desaparición forzada, tortura, penas crueles, inhumanas o degradantes o trámites extrajudiciales, no sólo habrá de declararse la nulidad de la prueba sino del proceso en su totalidad” vi) “cuando lo que sucedió tiene que ver con que la búsqueda de la prueba no se publicitó debidamente y su contradicción no se permitió, la nulidad se restringe al elemento probatorio obtenido con violación de las garantías procesales”
	Salvamento de voto. Sentencia T-212, 17 de marzo. Magistrado disidente: Rodrigo Escobar Gil	El punto en controversia radica en la valoración del juez de segunda instancia de testimonio bajo reserva de identidad y dos informes policivos de inteligencia, lo que a voz del accionante configura un defecto fáctico y sustantivo.	Reitera la tesis de la dimensión positiva del defecto fáctico, que se presenta cuando se aprecian pruebas que no se han debido admitir y/o valorar, como es el caso de la prueba inconstitucional (“aquellas que resultan contrarias a los derechos fundamentales, y especialmente, a las garantías constitucionales del debido proceso”) y las pruebas ilícitas (“aquellas que se obtienen con violación de las garantías legales del investigado, acusado o juzgado”); además debe tenerse en cuenta que aunque la prueba judicial sea inconstitucional o ilegal ella no implica que proceda forzosamente la acción de tutela, pues para el efecto se requiere que no existan otros elementos de convicción que permitan preservar la vigencia judicial del fallo cuestionado. En el caso en concreto, al haberse valorado el testimonio bajo reserva clave 1 y al otorgarle mérito probatorio a los informes de inteligencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena incurrió en irregularidades sustanciales y fácticas,

			<p>pues conforme el ordenamiento jurídico dichos elementos no pueden ser valorados para fijar la responsabilidad penal. Sobre el punto de la subsidiaridad, afirma el magistrado disidente que en virtud de evitar un perjuicio irremediable debe otorgarse la tutela solicitada.</p>
	T-171, 7 de marzo, M.P. Clara Inés Vargas Hernández	<p>Dentro del trámite de un proceso penal, varios de los sujetos procesales solicitaron la práctica de unas pruebas. Ellas fueron decretadas por la autoridad judicial competente pero, sin embargo, las que debían llegar del exterior no fueron allegadas antes de la declaratoria de cierre y preclusión, por lo que no se valoraron en la investigación. Ahora, la parte civil requiere a través de la acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia para que, anuladas las Resoluciones que declararon cerrada la investigación y dispusieron la preclusión del proceso, se disponga la reapertura de la investigación con el fin de valorar la prueba llegada del exterior y “la que perfeccione la investigación”.</p>	<p>Las ideas más importantes en esta sentencia son las siguientes:</p> <p>i) “las pruebas se pueden catalogar como inconstitucionales o ilícitas, según el estado normativo que tengan el poder de contraria”.</p> <p>ii) “la eliminación o supresión de una prueba lleva inmersa la manifestación expresa y oportuna del funcionario competente, con el objetivo de garantizar el debido proceso de los sujetos procesales”.</p> <p>iii) Reitera las cuatro condiciones para aplicar la regla de exclusión vista en la sentencia SU-159 de 2002.</p> <p>iv) El objetivo del artículo 29 de la Constitución es excluir a todo nivel la prueba que sea obtenida en contra de las garantías dispuestas en la Carta.</p> <p>v) Mantiene la distinción entre prueba inconstitucional y prueba ilícita: “La primera es al que ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales y la segunda se relaciona con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”.</p> <p>vi) Dentro de la exclusión de la prueba por incumplimiento de las formalidades legales esenciales para su obtención, “no puede incluirse el vencimiento de los términos como motivo para impedir que se alleguen al proceso y se valoren aquellas decretadas en oportunidad y de las cuales ya se tiene certeza que se incorporarán al proceso aunque este vencido el término de instrucción”.</p> <p>vi) Las condiciones fijadas para la aplicación de la regla de exclusión son aplicables tanto a favor del sindicado como para para las víctimas.</p>
2007	A-227/07	<p>Dos temas importantes se abordan en esta decisión: i) el criterio de fuente independiente, y ii) el tratamiento procesal</p>	<p>El impugnante considera que la sentencia T-233 de 2007 de la Sala Quinta de Revisión incurre en defectos de argumentación que ameritan la declaración de nulidad, pues, en resumen, la sala modificó la jurisprudencia relativa a la obligación de exclusión de la prueba ilícita, no fundamentó suficientemente la decisión de dejar en pie la sentencia condenatoria y falló el</p>

		de la exclusión de prueba en sede de revisión de tutela por la Corte Constitucional.	proceso sin la intervención en el debate de uno de los magistrados que la integran. La Corte Constitucional estudia aspectos sobre la prueba ilícita aun cuando el accionante solo fundamenta el cargo de nulidad sobre el desconocimiento de la jurisprudencia por parte de la misma; de tal modo reitera que la prueba era ilícita, no obstante, ésta no afecta el proceso porque su peso en la definición de la responsabilidad penal no fue decisivo. La Corte niega la solicitud de nulidad ya que no desconoció su jurisprudencia. Se presentan dos aclaraciones de voto, una suscrita por 3 magistrados en el sentido de que la prueba no era necesariamente ilícita y otra por parte del magistrado Jaime Araujo Rentería quien estima que el reconocimiento de la existencia de una prueba ilícita debería derivar en nulidad absoluta del proceso.
	T-233, 29 de marzo, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra	La exclusión de prueba como causales de tutela contra providencia judicial.	A pesar de reconocer que existió una prueba ilícita recaudada, no excluida y, aun así, valorada en sentencia, la Corte considera que <i>“puesto que la sentencia condenatoria penal tiene como fuente de convicción, elementos probatorios independientes de la prueba ilícita que justifican, por sí mismos, de manera autónoma, la asignación de la responsabilidad penal al condenado Miguel Ángel Pérez Suárez”</i> . Según la Corte, no se configura la vía de hecho, por tanto, no tutela los derechos del tutelante.
2017	SU414, 29 de junio, M.P. Alberto Rojas Ríos	Legalidad de las interceptaciones telefónicas y su relación con la función de policía judicial. El criterio de hallazgo causal y la regla de exclusión.	Competencia de la Procuraduría General de la Nación para ordenar interceptaciones telefónicas.

DISEÑO METODOLÓGICO

I.11 Tipo y método de investigación

El presente trabajo desarrolla una investigación jurídica. Su objeto de estudio se reduce al análisis de fuentes formales de ordenamiento jurídico (Guía para la elaboración de proyectos de investigación en Derecho, 2010).

Sobre los tipos de investigación, es menester advertir que estos varían dependiendo del criterio que se utilice para clasificar el proceso de investigación. Siguiendo la obra de Carlos Arturo Hernández, Percy Ortega Chacón y otros (2017), los tipos de investigación pueden clasificarse teniendo en cuenta sus propósitos, sus resultados, el nivel de conocimiento a producir, las estrategias utilizadas y el tratamiento y análisis de la información.

Este trabajo de investigación para optar al título de maestría en derecho penal por parte de la Universidad Libre de Bogotá se desarrolló en los siguientes tipos de investigación: i) según sus propósitos, se trata de una **investigación teórica**, pues se busca responder un problema jurídico, que es indiscutiblemente teórico, deontológico-normativo; ii) según sus resultados, es una **investigación aplicada** que busca aportar soluciones en la practica jurídico penal; iii) en razón del nivel de conocimiento a producir, es una **investigación descriptiva** en la medida que pretende caracterizar de manera detallada y sistemática un objeto de estudio determinado; iv) en razón de las estrategias utilizadas es una **investigación no experimental** pues no se acude a un método empírico demostrable, ceñido al método científico, para su desarrollo; v) según el tratamiento y análisis de la información se trata de una **investigación cualitativa** ya que los datos recolectados “son sometidos a un tratamiento lógico de juicios y análisis mediante el empleo de la “visión” que proporciona el modelo teórico optado o construido” (2017, p. 220).

Respecto del método, debe tenerse en cuenta que para su elección se parte de la tesis de la objetividad y científicidad del Derecho, ya que de lo contrario difícilmente gozaría de validez la investigación jurídica; por lo tanto, pese a sus indudables dificultades metodológicas, epistemológicas y ontológicas, la idea es posible una respuesta única y correcta a los problemas jurídicos, o al menos una respuesta sometida a criterios de corrección objetivos y válidos. Bajo estas premisas, la tarea es seleccionar los métodos que harían posible este tipo de respuesta al problema jurídico planteado en la presente investigación.

Los métodos que se utilizarán para el desarrollo de la investigación serán los siguientes. Inicialmente se partirá de un **método interpretativo-exegético** con el que se pretende analizar las normas jurídicas relativas al tema: la regla de exclusión de prueba. A partir de este método, se identificarán los problemas más acuciantes sobre el tema: anomalías, antinomias y tensión entre principios constitucionales. Fijado los casos difíciles, se utilizará el **método constructivo** para intentar solucionarlos. También se hará uso del método **histórico-comparado**, con el que se quiere inicialmente analizar la genealogía de la regla de exclusión en Colombia, para luego, vista la historia y actualidad de la realidad jurídica colombiana, realizar un contraste con países con estructuras normativas similares u ordenamientos jurídicos que aunque con diferencias importantes con Colombia son considerados iconos en el desarrollo de esta institución probatoria.

I.12 Fuentes de información

Se utilizarán tanto fuentes de información primarias como secundarias. Ejemplo de las primeras son las fuentes formales del Derecho colombiano; también algunas de países extranjeros. Ejemplos de las secundarias es la doctrina utilizada para analizar ordenamientos jurídicos con idiomas diferentes al español, como el caso de Alemania, Estados Unidos, Francia.

I.13 Población y muestra

En lo que respecta a las fuentes formales del Derecho colombiano se tiene una pretensión de analizar la totalidad de la población: el objetivo es analizar todas las providencias que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han emitido sobre el problema jurídico de la investigación; también todo los textos que conforman el universo llamado doctrina (libros de textos, libros de investigación, artículos de divulgación, artículos de investigación, columnas); en igual sentido respecto a la constitución, ley y actos administrativos.

En lo que respecta al derecho foráneo, tanto extranjero como internacional, no se tiene la pretensión de análisis de todas las muestras pertinentes, principalmente por razones de tiempo y espacio, pero también por la falta de necesidad para desarrollar a cabalidad los objetivos de la investigación. Para tal efecto, sólo se seleccionarán algunos países para realizar el estudio normativo comparado. La variable de selección de los países, así como de las fuentes del derecho foráneo a analizar, será principalmente la doctrina: a mayor frecuencia de referencia por los estudios académicos, mayor posibilidad que sea analizado en el desarrollo de la investigación.

I.14 Técnicas e instrumentos para la recolección de información

Teniendo en cuenta los objetivos a desarrollar, el método y modelo de la investigación, pero sobre todo su carácter predominante teórico-documental, se utilizará la técnica de análisis de documentos o de contenido. Según explica Carlos Arturo Hernández (2017): “El tratamiento del análisis de contenido, requiere de un procesamiento técnico o una determinada metodología para convertir la información existente en las fuentes para usos en la investigación científica” (p. 405).

Teniendo en cuenta la necesidad de fijar este procesamiento, se tendrán en cuenta las recomendaciones que la obra citada sugiere para tal efecto: i) unidades de base gramatical (análisis de vocablos, análisis de oraciones y análisis de párrafos); ii) unidades de base no gramatical (análisis del documento íntegro).

I.15 Técnicas de análisis de información

Teniendo en cuenta que se trata de una investigación eminentemente documental, la ficha bibliográfica se convierte en la técnica de análisis por excelencia; con ella se pretende ordenar la totalidad de documentos que se vayan recolectando, analizar su importancia concreta para la investigación, sistematizarla por temáticas y organizarlas de tal manera que al momento de proceder a la redacción del informe final facilite considerablemente su citación.

Aunque los objetivos son uniformes, dependiendo de la naturaleza del documento a examinar la ficha bibliográfica cambiará. Por ejemplo, la ficha para el estudio de una providencia deberá adaptarse a sus particularidades, por lo que tendrá algunas diferencias con la de un libro de texto.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta los objetivos trazados en la investigación, el trabajo se dividirá en dos grandes capítulos, para finalmente plantear las conclusiones y recomendaciones.

En la primera parte se estudiará la teleología de la regla de exclusión de prueba. La idea es responder cuáles es el fin, o los fines, que persigue el ordenamiento jurídico colombiano cuando resuelve excluir un elemento de conocimiento relevante para la determinación de las hipótesis fácticas expuestas al interior de un proceso.

Fijado los fines de la institución sometida a estudio, en el segundo capítulo se empezará con la labor de dar respuesta al problema jurídico principal de la investigación: ¿cuáles son los otros criterios de que habla el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 cuando establece la expresión “y los demás que establezca la ley”?

La metodología para responder la pregunta será la siguiente. Inicialmente se analizará el derecho colombiano, tratando de identificar si algunas de las fuentes formales del ordenamiento jurídico nacional hacen referencia a otros criterios diferentes al vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable. Luego se procederá estudiar el derecho foráneo; la idea aquí es identificar criterios utilizados en el extranjero para la aplicación de la regla de exclusión. Desde ya se aclara que esta segunda tarea no tiene pretensiones de exhaustividad, por lo que no ofrecerá una lista cerrada y completa; sin embargo, si busca identificar y analizar los más frecuentes e importantes. Finalmente, el juicio de constitucionalidad. En este tercer y último apartado se pretende analizar la validez de los criterios foráneos teniendo en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico nacional: ¿los criterios utilizados en el extranjero para la aplicación de la regla de exclusión son compatibles con el ordenamiento jurídico colombiano?

I.17 Teleología y justificación de la regla de exclusión

I.17.1 Teleología de la regla de exclusión

Definir la teleología de la existencia de un objeto, o lo que es lo mismo, determinar la justificación de su existencia, es una labor que suele abordarse desde el plano abstracto y deductivo, lo que se traduce en que la finalidad que se concluya es una elección indemostrable y no pocas veces arbitraria, pues dependerá de la concepción del interprete; es un auténtico juicio valorativo. Sin embargo, la argumentación y justificación de la conclusión son los parámetros para evaluar su razonabilidad. La cláusula de exclusión no escapa a esta lógica.

¿Qué justifica no tener en cuenta evidencia relevante para la determinación de la *quaestio facti*? o, en palabras de Edward Corwin, “¿por qué una regla de exclusión? Prueba es prueba. Un revólver encontrado en un registro ilegal puede. El perfectamente vincular a un imputado con un homicidio más allá de toda duda razonable. ¿Por qué no usarlo?” (citado por Guariglia, 2005, p. 37). Si el proceso judicial tiene como fin-función producir conocimiento, toda evidencia relevante debería ser susceptible de valoración¹⁶⁶; sin embargo, una de las excepciones a esta generalidad es la regla de exclusión de prueba ilícita, que es tal vez el ejemplo más paradigmático de una cláusula contra-epistémica en el derecho moderno. En ese sentido, definir la teleología de esta regla que aleja al proceso de encontrar la verdad de los hechos tiene una gran importancia teórica y práctica, pues de su definición dependerá en gran medida el alcance y límites de esta figura. Tal como afirma Fabricio Guariglia (2005) “la ausencia de todo marco teórico significa que queda enteramente librada al intérprete la determinación de la existencia y alcance de la prohibición de valoración en cada caso particular” (p. 38).

Sin desconocer la existencia de otras posiciones¹⁶⁷, la *exclusionary rule* se ha justificado principalmente mediante tres ideas: i) fundamento ético o integridad judicial (*judicial integrity*); ii) protección de derechos fundamentales y iii) efecto disuasivo (*deterrent effect*).

El delito implica necesariamente la infracción de la Ley. La persecución y judicialización de quien comete un delito es deber del Estado. Este deber debe ejercerse bajo los lineamientos del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, de quebrantarse normas jurídicas bajo el pretexto de la persecución del delito, el Estado se igualaría éticamente al delincuente, tornándose contradictorio su discurso a la población respecto del cumplimiento irrestricto de las normas jurídico-penales; se trata en palabras del profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni (2002) del principio de superioridad ética del Estado. En consecuencia, la regla de exclusión sería un

¹⁶⁶ Se muestran a favor de esta postura autores como Larry Laudan (2013), quien desde una perspectiva epistemológica advierte que: “una regla de admisibilidad tan radical como ésta no puede tener lugar en un conjunto de reglas probatorias diseñadas principalmente para fomentar la búsqueda de la verdad. La existencia de esas reglas contradice la afirmación de que el actual sistema de justicia penal busca, sobre todo, encontrar la verdad de los hechos delictivos” (p. 264).

¹⁶⁷ Otras teorías que la doctrina ha planteado son i) la confiabilidad de la prueba, ii) la reparación al damnificado, iii) perturbación de los efectos preventivo-generales de la pena, iv) ponderación de intereses, v) lesión a una norma de adquisición de prueba. Para una aproximación a estas finalidades, véase el trabajo de Fernando Poviña (2013).

imperativo que se justifica para mantener el estatus de superioridad ética del Estado. Esta idea se ve reflejada en el caso *Olmstead v. United States* de 1928:

En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si ésta deja de observar escrupulosamente la ley... La delincuencia es contagiosa. Si el gobierno se convierte en infractor, engendrará el desacato a la ley; invitará a todo hombre a dictarse sus propias leyes; invitará a la anarquía¹⁶⁸.

Otra visión es entender la regla de exclusión como un derecho fundamental. Según esta idea, la exclusión de prueba ilícita es una garantía subyacente a la protección de los derechos fundamentales. Sin importar que la constitución lo establezca expresamente, la estructura normativa de este tipo de derechos genera necesariamente la aplicación de la regla de exclusión. Bajo la lógica de esta concepción, un sector de la doctrina considera que la *exclusionary rule* es un elemento esencial e implícito del debido proceso.

El *deterrent effect* –efecto disuasorio–, también llamada la justificación pragmática o utilitarista, tiene un objetivo pedagógico-intimidante dirigido a los agentes del Estado. Con la exclusión de la prueba ilícita se persigue enviar un mensaje a los agentes del Estado: sin importar la gravedad del caso que se investiga y su connotación social no se debe realizar actos contrarios a los parámetros jurídicos de orden legal y constitucional, so pena de que no se tenga en cuenta la evidencia obtenida en virtud de este tipo de actuaciones. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: “[l]a regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir -imponer respeto por la garantía constitucional de la única manera efectiva disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla”.

Si bien existen diferencias notables, las finalidades de la regla de exclusión vistas no son necesariamente excluyentes, pues puede construirse un sistema en donde confluyan. Sin embargo, la justificación que se tenga como prevalente afectará directamente los presupuestos configurativos para su aplicación. A continuación, por ser estas las de mayor importancia en la actualidad, se explicarán dos de las tres finalidades enunciadas.

¹⁶⁸ Traducción tomada de Larry Laudan (2013, p. 262).

1.17.1.1 Tutela de los derechos constitucionales fundamentales

La protección de derechos fue la finalidad originaria. La Corte Suprema de Estados Unidos justificó la exclusión de la prueba ilícita en sus primeros fallos (*Weeks vs. United States*) en este argumento: la exclusión de la prueba ilícita se explica por la protección de los derechos consagrados en las enmiendas constitucionales. Incluso uno de los argumentos principales que llevó a la Corte a tomar la decisión en el caso *Mapp* (1961) de exigir a los Estados federados la aplicación de la *exclusionary rule* creada en *Weeks* fue precisamente su carácter de garantía constitucional (Stewart P. , 1983).

Tal como lo señala la jurista española Teresa Armenta (2011, págs. 22-29), esta finalidad se encuentra acogida en un estatus prevaleciente en los países de tradición jurídica continental. Ello se explica principalmente por tres razones: i) el principio de legalidad como límite al ejercicio del *ius puniendi*; ii) los derechos constitucionales como límites a la búsqueda de la verdad para solucionar las causas penales; iii) y la tensión y posterior ponderación entre los bienes jurídicos de la sociedad en general y del proceso penal en particular, que el constitucionalismo moderno exige efectuar.

Esta finalidad cobra aún más auge si se tiene en cuenta el fenómeno del carácter normativo de las constituciones de los últimos tiempos, lo que exige la aplicación inmediata del conjunto de prerrogativas constitucionales tanto a favor de los procesados penalmente como de la víctima en particular y la sociedad general. El llamado fenómeno de aplicación directa e inmediata de la Constitución, entendido como una característica de lo que hoy se ha denomina la corriente teórica del neoconstitucionalismo (Carbonell, 2009), inclina la balanza hacia esta finalidad como justificación a la decisión judicial indeseada de excluir una prueba pese a su eficacia probatoria, cuando sea obtenida de manera directa o derivada producto de un acto violatorio de un derecho fundamental.

Es por esta razón que autores que se inscriben dentro del paradigma epistemológico del derecho probatorio advierten que la aplicación de reglas de exclusión de evidencia relevante implica necesariamente una colisión entre valores jurídico de suma importancia para el derecho. En este sentido se pronuncia Jordi Ferrer Beltrán (2007), quien afirma que las “las reglas de exclusión suponen que existe un conflicto entre distintos fines considerados valiosos por el derecho. Así, por ejemplo, la averiguación de la verdad versus la inviolabilidad de la

correspondencia” (p. 80). En la resolución de esa tensión estará en juego la jerarquía que cada ordenamiento jurídico les otorgue a los valores en conflicto, teniendo obviamente en cuenta las particularidades de cada caso; en palabras de Ferrer Beltrán (2007): “La justificación de la regla de exclusión no es, en esos casos, sólo una cuestión de racionalidad teleológica. Tiene también un aspecto valorativo de gran importancia. Se trata de la ordenación de los valores que permita decidir por uno o por otro en caso de conflicto. Y ésta ya no es una cuestión de racionalidad sino valorativa” (p. 80).

I.17.1.2 Efecto disuasivo de la exclusión de la prueba ilícita (deterren effect)

Tal como se dijo en párrafos anteriores, el origen y desarrollo inicial de la teoría de la *exclusionary rule* estadounidense se justificó, y a su vez tenía la finalidad, por la protección de los derechos y garantías consagradas en las enmiendas constitucionales: enmienda IV (derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables), enmienda V (derecho a no declarar contra sí mismo), enmienda VI (derecho a estar asistido de letrado) y la decimocuarta (derecho al debido proceso). Sin embargo, con la resolución del caso *Calandra vs. United States* (1974), reafirmado luego en el caso *Leon vs. United States* (1984), nace una nueva justificación-finalidad, tal vez no complementaria sino de carácter reemplazante, denominada *deterrent effect*.

El *deterrent effect* –efecto disuasorio– tiene un objetivo pedagógico-intimidante para los agentes del Estado, pero paradójicamente sancionatorio para el caso en el que la prueba obtenida es útil. Pedagógico-intimidante porque con la exclusión de la prueba ilícita se persigue enviar un mensaje a los agentes del Estado: sin importar la gravedad del caso que se investiga y su connotación social, no se debe realizar actos contrarios a los parámetros jurídicos de orden legal y constitucional, so pena a (efecto sancionatorio) que no se tenga en cuenta la prueba obtenida violando estos parámetros, sin importar la alta capacidad demostrativa que tenga para demostrar la responsabilidad penal del procesado. Guardadas las proporciones, el *deterrent effect* se asemeja con la finalidad de prevención general de la pena:

...a través del temor a la pena toda persona debe ser disuadida de la comisión de acciones punibles (*prevención general negativa o prevención disuasoria*). Más importante es, sin embargo, otro aspecto: a través de la amenaza penal contenida en la ley y la condena del culpable que muestra que el Estado cumple seriamente su advertencia, debe ser evitada la legitimación del delito y puesta de manifiesto aquella aversión moral contra el injusto que

se presenta por sí misma y que, en gran medida, contribuye a que sea mantenida en sus límites la predisposición a la criminalidad que existe y está latente en la colectividad (prevención general positiva o prevención-integración) (Jeschekc & Weigend, 2014, págs. 73-74)

Conforme esta visión, la regla de exclusión no deben entenderse como un derecho constitucional personal, sino un remedio creado para disuadir vulneraciones constitucionales.

La finalidad *deterrent effect* de la regla de exclusión no ha estado exenta de críticas por la comunidad estadounidense. Un buen ejemplo de la oposición a esta tesis, e incluso a la existencia misma de la regla de exclusión, puede verse en William T. Pizzi (2004), quien afirma de manera vehemente que

“si lo que pretende la regla de exclusión es proteger a los ciudadanos de los abusos a manos de la Policía, ha fracasado estrepitosamente (...) Más que contribuir a la profesionalización de la Policía, una regla de exclusión tan leonina como la estadounidense no hace sino reforzar la mentalidad del tipo “o ellos o nosotros” entre los agentes de su conjunto, y provoca la generalización de la mentira en las declaraciones testificales de los agentes de Policía, quienes “embellecen” por sistema los hechos en sus declaraciones en juicio para evitar la aplicación de la regla de exclusión” (pp. 65-66).

El origen de esta finalidad se remonta al famoso caso *Leon vs. United States* (1984), en donde se construye por primera vez el criterio de admisibilidad excepcional de prueba ilícita denominado buena fe, el cual ha sido objeto de múltiples críticas. En este caso un agente policial realizó un registro con autorización judicial que a la postre un tribunal consideró ilegal por falta de motivación para ser proferida la orden de registro y allanamiento. Sin embargo, la Corte Suprema consideró que si bien se realizó una acción objetivamente inconstitucional de obtención de evidencia, lo cierto es que el policía que efectuó el acto lo hizo con la creencia que actuaba dentro del ordenamiento jurídico, obrando de buena fe, y por tanto, atendiendo que la regla de exclusión se basa en el efecto disuasivo para el agente, no era necesario excluir la prueba.

El caso *Calandra vs. EE.UU.* (1974) es considerado un caso hito. A partir de su promulgación se empezó hablar del fenómeno de la decadencia de la *exclusionary rule* en la medida que esta justificación de la exclusión de la prueba ilícita permitía la creación de múltiples criterios de admisibilidad excepcional. Incluso algunos autores al comentar este fallo judicial aseveran que

luego de su expedición se presentó una verdadera “desconstitucionalización” de la regla de exclusión (Fidalgo Gallardo, 2000. p.188). Se expone textualmente en la sentencia:

La regla [de exclusión] es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada¹⁶⁹.

La prevalencia del efecto disuasivo será directamente proporcional al aumento de la flexibilidad de la prohibición de prueba ilícita, y en sentido contrario, si se tiene como finalidad principal la protección de derechos constitucionales más rigurosa será la regla de exclusión probatoria.

Autores como Manuel Miranda Estrampes (2004) sostienen que este criterio de admisibilidad de la evidencia ilícita, la buena fe, es inadmisibles en modelos constitucionales como el continental europeo, que con algunos matices es en el que se inscribe el Estado colombiano con la promulgación de la constitución del año 1991, pues la regla de exclusión se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, “en el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes policiales actuantes, sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental” (p. 106). En igual sentido se pronuncia Marien Aguilera Morales (2008)¹⁷⁰:

A diferencia, pues, de Estados Unidos, el sentido y finalidad de la regla de exclusión probatoria en el sistema acusatorio continental no es desalentar eventuales comportamientos ilícitos por parte de los agentes públicos, sino la protección objetiva de los derechos -y, más en particular, de los derechos fundamentales- desde el proceso mismo. No es de extrañar, por ello, que algunos ordenamientos recojan expresamente la regla de exclusión en sus textos constitucionales, o que otros -los más- la infieran del sistema de derechos fundamentales consagrados en sus Cartas Magnas (p.83).

¹⁶⁹ Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2000, p.188)

¹⁷⁰ También Alcaide González (2013) al referirse a la finalidad de la exclusión de prueba en el derecho español: “(...) la exclusión de las pruebas derivadas de las ilícitamente obtenidas debe oscilar sobre la idea de tutela de los derechos fundamentales, y a diferencia de EE.UU, en nuestro país, se valora en menor grado la necesidad o conveniencia del efecto disuasorio (*deterrence effect*)” (p. 186).

1.17.1.3 Finalidad de la cláusula de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano

El nacimiento de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita en Colombia se remonta, por lo menos de manera expresa, a la Constitución de 1991, en el artículo 29 inciso cuarto que dispone: “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Y debe advertirse que tan solo de manera expresa, puesto que como bien la explica el profesor colombiano 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 lo que toca a los enunciados normativos constitucionales y legales, téngase en cuenta que ni la Constitución de 1991 ni los diferentes códigos procesales penal que a partir de esa fecha se han promulgado en el ordenamiento jurídico colombiano (Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) hacen alusión expresa a la finalidad que persigue la exclusión de la prueba ilícita.

En la doctrina, las posiciones están divididas. Algunos profesores¹⁷¹ sostienen que la exclusión de prueba ilícita tiene como fin la disuasión de los agentes del Estado, es decir, busca generar un efecto psicológico en los funcionarios estatales para que a futuro se abstengan de realizar actos de investigación dentro de un proceso penal violatorios de derechos fundamentales. Otros, por el contrario, asumen una postura diametralmente opuesta, afirmando que: “en cumplimiento de los convenios internacionales, en Colombia la exclusión probatoria no tiene como razón justificante en el efecto profiláctico o disuasorio de las conductas irregulares de la

¹⁷¹ En ese sentido puede verse: Luis Fernando Bedoya Sierra (2008, p. 75).

policía (*deterrence effect*) ni en el principio de integridad judicial, sino en la defensa de la Constitución Política” (Rodríguez Chocanta, 2014, pág. 30).

Las principales novedades de la Ley 906 de 2004 respecto al tema de las reglas de exclusión de evidencia ilícita son dos: i) la regulación normativa legal de la evidencia derivada o refleja (art. 23 C.P.P) y ii) la regulación normativa legal de criterios de admisibilidad probatoria de evidencia ilícita (art. 455 C.P.P.). Sobre este último fenómeno, algún sector de la doctrina ha considerado que estos criterios de admisibilidad constituyen un verdadero debilitamiento de la cláusula de exclusión constitucional del artículo 29 en desmedro de la protección de los derechos fundamentales, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal estableció una lista meramente enunciativa, y no taxativa, de criterios de admisibilidad al establecer la expresión “y los demás que establezca la ley” (Bolaños Arias, 2009) (Monsalve Correa, 2010).

1.17.1.4 Finalidad de la cláusula de exclusión según la Asamblea Nacional Constituyente

La interpretación teleológica de las fuentes formales del derecho propuesta por Rudolf Von Ihering (1966), exige escudriñar la intención del creador de la norma para delimitar su sentido, alcance y límites. ¿Qué quiso el Constituyente cuando estableció de manera expresa, por vez primera en el ordenamiento jurídico colombiano, un enunciado normativo que contuviera una cláusula de exclusión de prueba ilícita?

La Corte Constitucional, en sentencia SU159 (2002), analizó los motivos que llevaron a la Asamblea Constituyente a establecer el enunciado normativo constitucional según el cual: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”; concluyó la Corte:

La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos¹⁷². Sin

¹⁷² “el delegatario Otty Patiño, preocupado por la capacidad disuasiva de la norma sostuvo en el debate de la comisión 1ª del 23 de abril de 1991: “(...) pretender dar como elemento disuasivo para la tortura el hecho de que no sirvan

embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i.) la nulidad se genera no 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 prueba¹⁷³.

Más adelante la Corte afirma que: “La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como “chivos expiatorios”. El artículo 29 inciso último busca evitar que la historia se repita.”

De lo transcrito hasta ahora basta para concluir que la finalidad del Constituyente fue establecer un mecanismo jurídico de corte sancionador que tuviera la idoneidad de disuadir a los agentes estatales de cometer actos contrarios a los derechos fundamentales constitucionales para obtener evidencia útil para criminalizar a la delincuencia, o lo que lo mismo, el Constituyente optó por la finalidad *deterrent effect*. Sin embargo, como se explicará más adelante, la adopción de las teorías de los derechos fundamentales y el carácter normativo de la Constitución hacen que la finalidad de la protección de derechos fundamentales de la cláusula de exclusión sea una finalidad adoptada tácitamente por el Constituyente.

las pruebas obtenidas bajo tortura, me parece que no tiene sentido (...) yo creo que desde luego, (la tortura) ha rebajado sustancialmente, pero fue una práctica consentida, admitida y tecnificada, y en ese sentido me parece que sí debería establecerse algo más que simplemente la invalidez de la prueba (...) sería conveniente establecer la pérdida del fuero, cuando se hagan estas prácticas de tortura, y de que la persona que lo haga, salga del fuero establecido, en el caso de los militares, del mismo fuero militar, para que pueda ser juzgado civil y públicamente también, porque es la única manera de verdad, que esta práctica no sea encubierta.” En ese mismo debate la delegataria Aída Abella señaló: “yo creo que Otty tiene razón; es decir, cómo garantizamos que no se produzcan las torturas, la desaparición forzada (...) yo pienso que de pronto algunos civiles, como dice el doctor Arias, pueden ejercer la presión indebida para una declaración, pueden ejercer hasta la tortura (...)” (antecedentes del artículo 29 en la asamblea nacional constituyente. Biblioteca de la corte constitucional. Folios 184 y 185, respectivamente).”

¹⁷³ “la propuesta de Darío Mejía contemplaba declarar nula toda declaración o prueba, sin embargo, antes de la votación se suprimió el término “declaración” por cuanto se consideró que ya estaba contenido en el competo “prueba” (antecedentes del artículo 29 en la asamblea nacional constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 190).”

1.17.1.5 Finalidad de la cláusula de exclusión según la Corte Constitucional

La distinción planteada por la teoría jurídica moderna entre enunciado normativo y norma¹⁷⁴, que tiene como sustento el reconocimiento de la necesidad de interpretación para la constitución de la norma jurídica, se traduce para efectos de este trabajo en las siguientes premisas: la interpretación que haga la Corte Constitucional en el ejercicio de la función de garante de la supremacía e integridad de la Constitución, actuando como un intérprete supremo, de los enunciados normativos constitucionales delimitan el sentido, alcance y límites de ellos, es decir, los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional reiterados de manera uniforme deben tenerse como la constitución misma.

Antes de continuar valga aclarar la metodología para escudriñar el pensamiento de las Altas Corte sobre el objeto de estudio del presente artículo. La metodología para hallar la doctrina probable, en tratándose de Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, y la doctrina constitucional integradora, en tratándose de Corte Constitucional, propuesta por el profesor Diego López Medina (Medina, 2011) no es aplicable en el presente estudio en la medida que las consideraciones relativas a la finalidad de la exclusión de la prueba no constituyen en estricto sentido la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales sino un simple dicho de paso (*obiter dicta*), imposibilitándose así la constitución de un precedente absoluto o relativo, según corresponda. Sin embargo, lo anterior no es óbice para omitir el estudio de la jurisprudencia ya que con un análisis conceptual de los pronunciamientos judiciales se podrá hallar la llamada doctrina constitucional interpretativa, en el caso de la Corte Constitucional, y el pensamiento a un nivel de criterio auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, conclusiones que sin lugar dudas permitirán

¹⁷⁴ Al respecto seguimos la distinción entre “norma” y “enunciado normativo” propuesta por Robert Alexy en su obra teoría de los derechos fundamentales (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2002), la cual ha sido acogida por la corte constitucional. Así por ejemplo se tiene que mediante sentencia c-433 de 2010 dijo: “la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las demandas de inconstitucionalidad cuyo sentido es presentar una interpretación de la disposición acusada como contraria a la constitución. Así, cuando la demanda surge de una determinada interpretación, se hace necesario distinguir entre enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos), pues de un mismo enunciado normativo se pueden desprender varios contenidos normativos autónomos que según como se les interprete en conjunto, pueden resultar inconstitucionales o no. Por esto, si la demanda tiene como punto de partida una determinada interpretación – la que hace el demandante - de los contenidos normativos que se derivan de las disposiciones normativas, debe resultar claro para el juez constitucional, y así fundamentarlo el demandante, que esta interpretación es la única posible, o por lo menos es razonable, mientras que las otras son poco plausibles o inconstitucionales. Lo anterior debe estar representado en el escrito de la demanda, como presupuesto necesario de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad de las leyes que hace la corte constitucional”.

resolver de una manera más integral el problema jurídico de este trabajo: ¿qué finalidad persigue el ordenamiento jurídico colombiano con la exclusión de una prueba?

A diferencia de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Constitucional no ha seleccionado una finalidad prevaleciente, sino que ha sentado un criterio multifuncional de la cláusula de exclusión sin establecer un criterio jerárquico entre ellas. En palabras de la Corte:

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. (Sentencia SU159, 2002)

En la misma sentencia en cita, la Corte Constitucional concluye cinco funciones de la cláusula de exclusión: “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.” (Sentencia SU159, 2002)

La anterior línea de pensamiento ha sido reiterada en múltiples providencias posteriores¹⁷⁵, las cuales han tenido como fundamento legal tanto la Ley 600 de 2000 como la Ley 906 de 2004, constituyéndose así la doctrina constitucional interpretativa sobre la teleología o las funciones, para usar la terminología utilizada por la Corte, de la cláusula de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano.

¹⁷⁵ Corte constitucional. Entre otras providencias, C-591-05, T-057-06, T-212-06, T-233-07, A277-07, T-916-08, y T-590-09.

Por ejemplo en la sentencia C-591 de 2005, providencia en la que la Corte asumió una labor propedéutica explicando pormenorizadamente las características de la exclusión probatoria dentro del, para ese entonces, nuevo sistema de enjuiciamiento criminal; se tomó, entre otras, las siguientes decisiones: i) declarar exequible los criterios de admisibilidad probatoria “vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”, dejando una cláusula abierta para efectos de que fuentes formales como la jurisprudencia tengan la posibilidad jurídica de crear nuevos criterios para realizar el juicio de admisibilidad de prueba ilícita¹⁷⁶ y ii) condicionó la interpretación del artículo 457 en el sentido de que de presentarse la obtención de la prueba por medio de delitos de lesa humanidad, como tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, además de la nulidad de la prueba, se deberá anular la integridad del proceso y enviar a un juez diferente para que rehaga la actuación judicial. Si bien la Corte no se pronunció expresamente sobre la teleología de la exclusión probatoria, de las decisiones mencionadas se puede extraer la postura multifuncional que asume la Corte respecto a la cláusula de exclusión probatoria: por un lado avala la viabilidad jurídica de establecer múltiples y disímiles criterios de admisibilidad, lo que conlleva necesariamente el análisis de múltiples finalidades, y por el otro establece una sanción mucha más drástica para aquellos casos en los que la obtención de la prueba se explica en razón de conductas violatorias de derechos humanos, de lo que se puede extraer el carácter sancionador de la exclusión de la prueba: entre

¹⁷⁶ Sobre esta decisión, vale traer a colación la posición disidente planteada por el magistrado alfredo beltrán sierro (ver salvamente de voto): “analizada esta norma a la luz de la constitución, es claro a mi juicio que resulta inexequible. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales, no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del código de procedimiento penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita, se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la constitución. Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo, y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria. Igual sucede con la denominada “fuente independiente”, mediante la cual se quiere ocultar lo inocultable. Esa distinción entre fuente dependiente y fuente independiente que proviene del derecho anglosajón, tan sólo se rige por el utilitarismo en materia jurídica, para darle entrada al proceso a todo lo que resulte “útil”, dejando a salvo la apariencia de licitud, para quedar a paz y salvo con el derecho aunque se conculquen los derechos fundamentales. Del mismo modo, se pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades, porque el “descubrimiento inevitable” sirve. Agréguese a lo anterior que el propio artículo 455 añade que la nulidad derivada de la prueba ilícita también podrá considerarse con otros criterios “que establezca la ley”, sin decir cuales con lo que se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos.”

más grave haya sido la violación de los derechos que permitieron el hallazgo de la prueba más grave será la sanción.

Esta postura asumida por la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional se explica fácilmente como una consecuencia obvia del modelo de Estado asumido por Colombia con la Constitución del año 1991 (Estado Social de Derecho), el nuevo paradigma de la Constitución como norma jurídica (carácter normativo supremo en la jerarquía normativa de las fuentes del derecho colombiana) y, por último, los derechos constitucionales fundamentales como mandatos de optimización (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2002) para el funcionamiento del Estado, lo que traduce en que todo el aparato estatal debe actuar en pro de la defensa, protección y garantía de ellos.

Con razón un sector de la doctrina afirma refiriéndose a la finalidad disuasoria de la cláusula de exclusión como única o incluso prevaleciente que: “Esta finalidad asignada y adoptada no se compadece con el ordenamiento jurídico penal colombiano, ya que ignora que los derechos fundamentales, incluido el debido proceso, actúan como barrera de contención de las actuaciones estatales frente a los particulares” (Correa, 2010).

Otra sentencia que permite afirmar que la Corte Constitucional se inclina por darle mayor importancia a la finalidad de protección de derechos fundamentales de la regla de exclusión es la sentencia C-210 del año 2007. La Corte se pronunció acerca de la utilidad impugnativa de la evidencia ilícita o ilegal excluida, considerando que:

Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación.

Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado.

Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal. (Sentencia de Constitucionalidad , 2007)

1.17.1.6 Finalidad de la cláusula de exclusión en la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia ha tomado la misma posición de la Corte Constitucional (teleología múltiple de la cláusula de exclusión con prevalencia a la protección de normas constitucionales). Por ejemplo, en sentencia de casación del año 2004, bajo el imperio de la Ley 600 de 2000, manifestó la máxima autoridad de la justicia ordinaria:

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.

[...]

Se concluye entonces, afirmando que en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho¹⁷⁷ sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado¹⁷⁸, ni sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general¹⁷⁹, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la

¹⁷⁷ “en países de tradición romana, como Francia, las pruebas irregulares son sometidas a un régimen de nulidades. El juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculcado ni exceptúa las irregularidades menores”. Corte Constitucional SU-159 (2002)

¹⁷⁸ “en los estados unidos de américa y en otros países de tradición anglosajona, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar ciertos factores” ver cita, pie de página no 81 de la corte constitucional en su- 159/02, ya citada.

¹⁷⁹ “en Alemania, la exclusión de pruebas viciadas no es inevitable sino el resultado de un método de ponderación que se aplica caso por caso. Si la prueba cuestionada representa una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales, la prueba viciada es excluida. En caso contrario, se introduce un método de ponderación a partir de diversos subprincipios derivados de la proporcionalidad, necesidad y adecuación, de los cuales surgen factores, tales como por ejemplo, la gravedad del crimen, del vicio probatorio, del valor demostrativo de la prueba, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego, tal como el interés en que la violación de los

dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales¹⁸⁰. (Citas del texto) (Negrilla y cursiva del texto) (2004)

Bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004, la posición no ha variado, lo que es apenas lógico teniendo en cuenta que el marco constitucional sigue siendo el mismo.

1.17.1.7 Determinación de la finalidad en Colombia

Luego del estudio de la posición de la Corte Constitucional respecto a la teleología de la cláusula de exclusión efectuado en el presente trabajo, se pueden calificar las anteriores posiciones si no de equivocadas, por lo menos de contraria a la doctrina constitucional interpretativa asumida por la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional.

La finalidad en Colombia de la exclusión de la prueba no es mono-finalista. 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.

Estos resultados deben ser analizados con especial atención en los debates acerca de los presupuestos de configuración de la prueba ilícita, pero especialmente, por los estudios que se adelanten acerca de los criterios su admisibilidad excepcional. Saber cuándo se admite la excepción dependerá directamente de qué fin se persiga.

La teleología múltiple de la regla de exclusión en Colombia, que como se demostró en el presente escrito es la regla con carácter de precedente marcada en Colombia por las Altas Cortes,

bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad, sacrificándose la verdad real. “ver cita de la su – 159/02, multicitada.

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 546, 1º octubre de 1992. M.P. Ciro Angarita Varón: “el individuo es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de un individuo. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general, ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”.

no permite la adopción de novedosos criterios de admisión de evidencia ilícita creados en el derecho comparado y que han tenido como base la finalidad disuasiva de la cláusula de exclusión; entre otros, excepción de buena fe (*good faith exception*), excepción de tacha (*impeachment exception*), excepción de error inocuo (*harmless error exception*).

Antes de explicar el cómo suceden las cosas, las fuentes del derecho, especialmente la doctrina y la jurisprudencia, deben abordar un tema del todo más complejo e importante: por qué es así y no de otra manera. En materia de prueba ilícita y su consecuencia exclusión, mucho se ha escrito sobre el cómo, pero en realidad el tema del por qué se estudia como un tema de segundo orden.

El porqué de la prueba ilícita en Colombia se reduce a una posición mixta: las dos grandes finalidades planteadas por el mundo jurídico occidental, efecto disuasorio y protección de derechos, se tienen en cuenta en el ordenamiento jurídico nacional, además de las creadas por la Corte Constitucional ya mencionadas. Dentro de esta mixtura, teniendo en cuenta las características particulares del ordenamiento jurídico colombiano (carácter antropocéntrico, constitución con carácter normativo, protección de derechos humanos y fundamentales), la protección de derechos debe tenerse como una finalidad preponderante.

I.18 Criterio para la determinación de material ilícito susceptible de exclusión probatoria en Colombia

El objetivo central del trabajo radica en delimitar la cláusula abierta dejada por el Legislador en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 al regular los criterios para la aplicación de la regla de exclusión. Tal como se explicó en la introducción, este artículo menciona tan solo tres criterios (la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado), señalando en el inciso final que no se trata de una lista cerrada, sino que también podrán tenerse en cuenta “y los demás que establezca la ley”. Tal como afirma José Joaquín Urbano Martínez (2011), “Uno de los aspectos más problemáticos que se presentan en el tema atinente a la regla de exclusión de la prueba ilícita es el relacionado con la proliferación de excepciones a su aplicación” (p. 160). Es precisamente este tema “problemático” el que pretende abordar la presente investigación teniendo en cuenta las particularidades ya mencionadas del régimen probatorio colombiano.

Previo a comenzar con el desarrollo de los objetivos, es necesario fijar las propiedades de lo que se está buscando, es decir, qué se entiende por criterios para la aplicación de la regla de

exclusión; de lo contrario, no se sabría a ciencia cierta cuando se está ante un fenómeno relevante para la investigación. Por estos criterios entiéndase toda circunstancia que imposibilite la configuración de alguno de los presupuestos necesarios para la aplicación de la regla de exclusión o, lo que es lo mismo, para tildar un elemento de conocimiento como evidencia o prueba ilícita, según corresponda al régimen probatorio y al momento procesal en el que se alegue.

I.18.1 Insumos locales

¿Qué herramientas brinda el ordenamiento jurídico colombiano para delimitar la mencionada cláusula abierta del artículo 455 de la Ley 906 de 2004? Esta la pregunta a resolver en este capítulo.

La primera tarea por realizar es delimitar al significado de la expresión “ley” a que hace referencia el artículo 455. Una primera posibilidad es entender “ley” en sentido estrictamente formal, caso en el cual solo sería posible remitirse a leyes expedidas en debida forma por el Congreso de la Republica. Otra posibilidad, que se considera la más apropiada, es entender que “ley” hace realmente referencia a ordenamiento jurídico, por lo que la labor de delimitar la cláusula abierta del artículo 455 requerirá analizar todas las fuentes formales constitutivas del derecho colombiano, y no simplemente la ley en sentido formal.

De elegir la primera opción sobre el alcance de la expresión ley, podría concluirse fácilmente que la cláusula es abierta en apariencia, pero que realmente el ordenamiento jurídico colombiano no reconoce ningún otro criterio. Si bien otras legislaciones hacen referencia a la regla de exclusión, como el Código General del Proceso que reproduce en la disposición constitucional “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso” (art. 14 CGP) o el Código Disciplinario Único que advierte que “La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente”, no existe una ley diferente al Código Procesal Penal que mencione criterios para la aplicación de la regla de exclusión. Por lo tanto, bajo esta interpretación, estamos ante una cláusula vacía.

La segunda opción es entender ley como sinónimo de ordenamiento jurídico. Es importante destacar que esta tesis no es extraña e inusual en Colombia: recuérdese la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 230 de la Constitución para construir la teoría del

precedente judicial¹⁸¹ o el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le ha asignado al elemento normativo del tipo penal de prevaricato “manifiestamente contrario a la ley”¹⁸². Bajo esta tesis, es necesario analizar detenidamente cada una de las fuentes formales del derecho que componen el derecho colombiano para llegar a cualquier conclusión.

La ley en sentido formal no aporta mayores insumos para la solución del problema jurídico planteado. Igual sucede con los actos administrativos: no existe en Colombia una regla jurídica de esta naturaleza que haga referencia a criterios de admisibilidad de la regla de exclusión. Por su parte, la Constitución, más allá de la celebre expresión del artículo 29, no hace alusión expresa a este tipo de criterios. Resta analizar jurisprudencia y doctrina.

La regla de exclusión de evidencia ha sido una institución creada y desarrollada principalmente por la labor de los jueces; el análisis de la evolución histórica en Estados Unidos, también en países como España e Italia, lo demuestra. Las leyes, que se caracterizan por crear reglas abstractas, generales e impersonales, siempre han estado un paso atrás en la regulación de esta institución. De ahí que no sea extraño que la jurisprudencia colombiana, a diferencia de las leyes, los actos administrativos y la propia constitución, genere insumos valiosos para la solución del problema jurídico.

La primera providencia en la que se hace referencia a este tipo de criterios es la SU-159 del año 2002, de la Corte Constitucional, conocido como el caso del escándalo del “miti-miti”. En sede de *obiter dicta*, al ocuparse de la regla de exclusión en Estados Unidos, la Corte Constitucional advierte que a partir de los años setenta la jurisprudencia norteamericana ha reducido los alcances de la regla de exclusión reconociendo “excepciones”, citando como ejemplo: i) la regla de exclusión no impide que el fiscal formule preguntas a un testigo ante un gran jurado sobre información obtenida ilícitamente; ii) si el acusado acepta rendir testimonio durante el juicio, el fiscal puede usar pruebas ilícitamente obtenidas para impugnarle credibilidad a su testimonio; iii) la regla de exclusión debe alegarse en el momento oportuno so pena de no

¹⁸¹ Advirtió la Corte en sentencia C-836 de 2001: “La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución”.

¹⁸² La máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria ha entendido que la expresión ley del tipo penal de prevaricato se refiere a ordenamiento jurídico, llegando a considerar que es viable la condenada por este delito por la violación de un precedente judicial (sentencia 39456, 2013).

poder hacerlo por operar el principio de preclusividad de los actos procesales y el de convalidación de las nulidades; iv) la buena fe y v) el error cometido inofensivo, es decir, “las pruebas inconstitucionalmente obtenidas en virtud de un error intrascendente que el juez puede mostrar más allá de una duda razonable que no habrían afectado el resultado del caso no tienen que ser excluidas”. Sobre el régimen de exclusión de prueba derivada afirma que existen excepciones: la doctrina de la atenuación, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del acto de voluntad libre; este último lo define como “cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esta misma prueba derivada de la prueba principal viciada”. Otro criterio mencionado en esta sentencia, ya no con base en el derecho estadounidense, sino con base en el alemán, es la ponderación:

Dicho método busca determinar en una primera etapa si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, la prueba viciada es excluida. En caso negativo, que es la conclusión más frecuente, se pasa a la segunda etapa del análisis en la cual se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto). Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio –un delito menos grave que el homicidio– el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio –

un delito que compromete el derecho a la vida— el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba (SU-159, 2002).

Sobre estos criterios atípicos (no contemplados por el Legislador), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha jugado un papel importante. Además de señalar la necesidad de que exista una conexión jurídica, no meramente causal, entre la lesión al derecho fundamental y la prueba (véase el capítulo relacionados con la imputación jurídica), la Corte ha reconocido la existencia de criterios como la buena fe en la actuación policial, el acto de voluntad libre cuando la personas asiente la práctica de la prueba, llamado en otras simplemente acto de voluntad libre¹⁸³, error inocuo, línea de investigación diferente, ratificación por el afectado (confesión) y validez de las pruebas anteriores a la ilícita¹⁸⁴. Según la Corte (SP 10303, 2014), estos criterios se apoyan en la teoría de la ponderación, los cuales, en esencia, responden a la naturaleza e intensidad del nexo entre el elemento probatorio viciado y el sobreviniente.

La ampliación que la jurisprudencia ha realizado de criterios para la aplicación de la regla de exclusión es indudable, por lo que en principio podría pensarse que la cláusula legal abierta del artículo 455 se llena con ellos. Sin embargo, es importante resaltar que estos criterios constituyen *obiter dicta*, tanto en el caso de la Corte Suprema como para la Corte Constitucional, por lo que constituyen simplemente criterio auxiliar (fuente secundaria del derecho), y no precedente judicial¹⁸⁵. En ese sentido, no podría hablarse propiamente de que la jurisprudencia ha construido criterios diferentes a los señalados en el artículo 455 del Código Procesal Penal. La cláusula abierta aún está vacía, pues estos criterios se entienden conforme la técnica jurídica colombiana como meras recomendaciones interpretativas, pero no vinculantes para los operadores jurídicos. Un dato adicional permite reafirmar esta conclusión: las Cortes simplemente han mencionado estos criterios en apartes propedéuticos de las providencias, sin ocuparse de su aplicación en casos en concreto; a lo mejor esto se debe a la falta de alegación de los litigantes, lo que es apenas lógico por la indeterminación de estos criterios, que hace que sean prácticamente

¹⁸³ Este criterio fue mencionado en la sentencia de casación 18451 (2004); la Corte señala que este se presenta cuando “el vínculo de esta prueba se rompe con la prueba inicialmente viciada cuando es ratificada mediante decisión libre de la persona afectada”. En la sentencia de casación 24012 (2006) se mencionó nuevamente, definiéndolo de la misma forma.

¹⁸⁴ Estos criterios fueron citados en sentencias como la SP-8473 (rad. 37361, 2014),

¹⁸⁵ La diferencia entre precedente judicial y jurisprudencia como criterio auxiliar reside en el grado de vinculatoriedad a operadores jurídicos. Sin desconocer que existe una jerarquización de precedentes (precedente absoluto y precedente relativo), este de caracteriza

desconocidos en la comunidad jurídica o, de conocerse, se piense que no son aplicable en el contexto colombiano.

Pero no todo es *obiter dicta*. Un criterio reiterado y constante, incluso mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, es la licitud de las grabaciones realizadas de manera subrepticia por la víctima de un delito. Según estudios de Urbano Martínez (2005), desde 1988 la jurisprudencia colombiana “estimó que la protección constitucional del derecho a la intimidad operaba respecto de terceros ajenos a una conversación pero no respecto de quienes en ella intervenían y por ello estos estaban legitimados para registrar su contenido. De allí que la víctima se hallare legitimada para preconstituir, mediante interceptación de comunicaciones, por ejemplo, la prueba del delito de que era víctima” (p. 293). En pronunciamos más recientes, tanto la Corte Constitucional¹⁸⁶ como la Corte Suprema de Justicia, han ratificado esta tesis. Por ejemplo, la Sala de Casación Penal en la sentencia 41790 (2013) afirmó que teniendo en cuenta su jurisprudencia¹⁸⁷, “cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen y/o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial, pues precisamente con ese documento puede iniciar las acciones pertinentes” (p. 24); en el auto 19219 (2009) aplicando expresamente un juicio de ponderación entre intereses constituciones en conflicto (la intimidad y los derechos de la víctimas), la Corte concluye: “En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho a la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ellos las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la *intimidad* del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad no disponga lo contrario” (p. 33). Que la víctima pueda de manera oculta grabar conversaciones cuando sea víctima de un delito y con el fin de hallar evidencia debe entenderse como un criterio que incide de manera directa en la aplicación de la regla de exclusión, concretamente en el primer

¹⁸⁶ El tema ha sido tratado, entre otras, en sentencia T-003 del 21 de enero de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁸⁷ La Corte citó en pie de página número 10 de la providencia las siguientes decisiones: “Cfr. Sentencias de casación del 16 de marzo de 1988, Rad. No. 1634, 6 de agosto de 2003, Rad. No. 21216, 21 de noviembre de 2002, Rad. No. 13148, 30 de agosto de 2008, Rad. No. 22938, 10 de junio de 2009, Rad. No. 29267, 25 de agosto de 2010, Rad. No. 32825, 2 de febrero de 2011, Rad. No. 26347, 12 de mayo de 2011, Rad. No. 34474, 8 de noviembre de 2012, Rad. No. 34282, entre otras”.

presupuesto visto, el acto antijurídico, y por tanto no procederá la aplicación de la regla de exclusión.

En este punto poco ha aportado la doctrina. Por regla general, la academia colombiana se ha ocupada de analizar los rasgos generales de la regla de exclusión¹⁸⁸, de tratar de solucionar los principales problemas de orden procesales¹⁸⁹, pero, con contadas excepciones¹⁹⁰, no existen mayores estudios sobre la cláusula abierta del artículo 455 del CPP. Es frecuente los trabajos sobre el significado del vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable¹⁹¹, incluso algunos autores se dado a la tarea de explicar criterios como la buena fe¹⁹², pero hasta allí llegan, sin profundizar en el alcance normativo de la expresión “y los demás que establezca la ley” del artículo mencionado.

Luego de analizar las fuentes formales del derecho colombianas (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia y doctrina), se tiene que incluso partiendo de la tesis que la expresión ley del artículo 455 hace referencia al ordenamiento jurídico, y no simplemente a ley en sentido formal, la cláusula abierta respecto a criterios para la aplicación de la regla de exclusión se encuentra casi vacía: con excepción del criterio de toma de grabaciones ocultas por la víctima de un delito, a la fecha de realización de este escrito no existe ninguna fuente del derecho nacional que fije criterios diferentes al vínculo atenuado, a la fuente independiente y al descubrimiento inevitable.

I.18.2 Insumos foráneos

I.18.2.1 Fuente independiente (independent source)

El origen de este criterio se remonta al caso ya analizado *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920). Si la aplicación de la regla de exclusión requiere de un vínculo causal y jurídico entre el acto ilícito y el elemento de conocimiento, resulta lógico concluir que cuando la prueba se obtiene a causa de un acto lícito (fuente independiente) no es procedente su aplicación. Si lo

¹⁸⁸ Algunos ejemplos son Luis Fernando Bedoya Sierra (2008), Heliodoro Fierro-Méndez (2010).

¹⁸⁹ Los trabajos de Alfonso Daza González (2009) estudian el momento procesal para la aplicación de la regla de exclusión en el proceso penal colombiano regido por la Ley 906 de 2004.

¹⁹⁰ Un trabajo que apunta a esta labor es el realizado por el profesor Maximiliano Aramburo Calle (2010).

¹⁹¹ Por mencionar tan solo algunos ejemplos, los trabajos de Óscar Julián Guerrero Peralta (2015), Omar Huertas Díaz (2015).

¹⁹² Este es el caso de la obra de Orlando Alfonso Rodríguez Choconta (2014), Nicolás Álvaro Arenas Echeverri (2008), Jesús Eduardo Lizcano Bejarano (2015)

que se castiga es el uso de actuaciones que lesionen derechos fundamentales para la obtención de fuentes de prueba, cuando la existencia del elemento cognoscitivo no se explique en razón a actos de esta naturaleza, no es dable aplicar la exclusión por falta una relación causal entre el acto y la prueba. En la sentencia origen de este criterio la Corte Suprema al estudiar el alcance de la regla de exclusión advierte que su aplicación “no quiere decir que los hechos obtenidos de este modo se vuelven sagrados y de difícil acceso”, en la medida que “si el conocimiento de ellos se obtiene de una fuente independiente podrán ser probados como cualquier otro”¹⁹³.

Resulta evidente que la no aplicación de la regla de exclusión por este criterio es una consecuencia lógica ante la falta de la relación causal entre el acto y la prueba, por lo que tal como afirma el profesor Fidalgo Gallardo (2003): “este supuesto no es una excepción propiamente dicha a la doctrina, porque se refiere a circunstancias en la que la prueba *no es*, de hecho, fruto de un árbol envenenado, sino fruto de un árbol perfectamente sano” (p. 438). Pero el asunto no es tan simple como parece, al menos no en todos los casos.

Murray v. United States (1988)¹⁹⁴ es un claro ejemplo de la aplicación amplia de este criterio y de sus inconvenientes en la práctica. Hechos del caso: unos agentes, pese a tener información suficiente para solicitar legalmente una orden de allanamiento, entraron antes de solicitar la orden a un almacén y sin alterar nada observaron a plena vista una gran cantidad de estupefacientes. Poco tiempo después, con la respectiva orden, los agentes allanaron el lugar e incautaron 270 paquetes de marihuana. La defensa solicitó la supresión de la evidencia incautada. La Corte resolvió considerar que tanto la evidencia física incautada como el dicho de los policías es producto de una fuente independiente, por lo que contra estas fuentes de información relevante no es aplicable la *exclusionary rule*. Para llegar a esta conclusión fundamentó su fallo en el siguiente argumento: “La doctrina de la “fuente independiente” permite la introducción de pruebas inicialmente descubiertas durante o como consecuencia de un registro ilegal, pero más tarde obtenido independientemente de actividades lícitas no contaminado por la ilegalidad inicial”¹⁹⁵; sobre el caso en concreto, explicó que: “Aunque el conocimiento de los agentes federales que la marihuana estaba en el almacén fue adquirido con seguridad en el momento de la entrada ilegal, también fue adquirido en el momento de entrada en virtud de la

¹⁹³ Traducción libre.

¹⁹⁴ Caso citado por Ernesto Chiesa Aponte (1993, p. 209)

¹⁹⁵ Traducción libre.

orden, y si dicha adquisición posterior no fue el resultado de la entrada anterior, la doctrina fuente independiente permite la admisión de testimonio. Este mismo análisis se aplica a la evidencia tangible (marihuana)”¹⁹⁶.

En el caso *Nix v. Williams* (1984) la Corte analiza el fundamento de la doctrina de la fuente independiente concluyendo que el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los Jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente “si se pone a la Policía en la misma posición, no es una posición *peor*, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia o el error policial”; de excluirse prueba producto de fuente independiente lícita se “pondría a la Policía en una posición peor que en la que hubiesen estado en la ausencia de error o violación”.

Bajo estos razonamientos, la aplicación de la fuente independiente como criterio para analizar la causalidad entre el acto ilícito y la prueba implica la realización de un juicio hipotético de supresión, sobre todo cuando se entremezclan actos lícitos e ilícitos, como sucedió en el caso *Murray* (1988). El test hipotético consiste en suprimir el acto ilícito y analizar seguidamente bajo los parámetros de la lógica la consecuente supresión de evidencia. Si el test arroja que ante la supresión del acto la evidencia permanecería, se está ante una fuente independiente lícita. Esto fue lo que hizo, aunque sin explicitarlo, la Corte en el caso *Murray*: suprimido el acto ilegal de allanamiento por parte de los policías, la incautación del elemento droga no se ve suprimida, alterada o afectada, puesto que el hallazgo de la evidencia se realizó con fundamento en una orden de allanamiento debidamente emitida, la cual para su expedición no tuvo como base probatoria la información ilegalmente obtenida.

En España este criterio fue adoptado por el Tribunal Constitucional mediante sentencia 86 de 1995, actuando como magistrado ponente Vicente Gimeno Sendra. En este caso la Defensa interpuso recurso de amparo solicitando la anulación de las sentencias condenatorias por basarse, según ellos, en pruebas obtenidas ilícitamente; el argumento de ataque se centró en advertir que ilicitud de la obtención de las interceptaciones telefónicas, que fueron realizadas sin orden judicial, debía transmitirse a las pruebas derivadas: a raíz de las escuchas ilegales se ubicó al sospechoso, se procedió a su captura, la cual generó la incautación de material tipo droga que lleva consigo al momento de la aprehensión física por parte de los policías; además, una vez

¹⁹⁶ Traducción libre.

detenido, el sujeto declaró, sin abogado, aceptando la responsabilidad del delito. Como se observa, el debate reside en evaluar la trascendencia de la ilicitud de las observaciones telefónicas al resto de elementos probatorios. La primera tesis que sostiene el Tribunal Constitucional es la indudable relación de causalidad existente entre la ocupación de la droga y el resultado de las observaciones telefónicas ilícitas, concluyendo que estas pruebas no pueden ser consideradas para establecer la culpabilidad de los recurrentes¹⁹⁷. La segunda tesis consistió en la independencia de las declaraciones inculpatorias por parte del procesado respecto de la ilicitud originaria (escuchas telefónicas), por lo que a ellas no le era extensiva la prohibición de valoración probatoria.

La independencia de las declaraciones del procesado respecto de la prueba ilícita primaria ha dado nacimiento a lo que la doctrina española ha denominado el criterio exceptivo de confesión voluntaria del imputado, que por su autonomía requiere un análisis independiente; sin embargo, es indudable que este criterio hace parte de los llamados casos de fuente independiente, pues de lo que trata es de evaluar la independencia del medio de prueba (la confesión) respecto del acto de investigación ilícita y la prueba ilícita directa.

¹⁹⁷ En palabras del Alto Tribunal (STC 86/1995): En el presente caso, en contra de lo que sostiene el Ministerio Público y la propia resolución impugnada, existe una relación de causalidad entre la ocupación de la droga y el resultado de la observación telefónica ilícita. Por un lado, es evidente que la escucha telefónica practicada sin autorización judicial constituye una violación flagrante del derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en la Sentencia recaída en el recurso de casación. Por otro, no existe duda de que éste fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo de droga, que fue hallado en su poder al ser interceptado por los agentes encargados de vigilarle. En las actuaciones consta una comunicación oficial de la Comandancia de la Guardia Civil, dirigida al Juzgado de Instrucción de San Roque, informando al órgano judicial que la misma tarde del día en que se produjo la detención, y la ocupación de la droga, se había detectado una conversación telefónica entre los sospechosos y, a consecuencia de la información obtenida a partir de esta intervención, se dispuso el oportuno servicio de vigilancia, que hizo posible la detención del sospechoso y la aprehensión de la sustancia estupefaciente. Para este Tribunal el hecho de que el contenido de la conversación telefónica interceptada se extendiese al lugar en el que había de verificarse la entrega de la droga, que los interlocutores se refiriesen al vehículo en el que se realizaría el traslado y la circunstancia cierta de que la intervención policial se produjese a las pocas horas de detectarse la llamada telefónica permite suponer, lógica y razonablemente, que éste fue el medio que permitió a los agentes tomar conocimiento de los datos necesarios para conseguir la detención del sospechoso y la ocupación de los efectos del delito.

En consecuencia, no existe duda de que en el caso de autos la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes. Mas, para decidir si las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, se hace preciso examinar si prescindiendo de estos elementos de prueba se produjeron en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados.

En la sentencia 86/1995 del Tribunal Constitucional español las razones que se alegaron para considerar independiente la confesión del procesado respecto de las interceptaciones telefónicas se reducen a las siguientes: i) el procesado pudo negarse a declarar, o limitarse a alegar su desconocimiento de los objetos inculpativos, pero libremente reconoció haber sido detenido cuando conducía el vehículo en cuyo interior llevaba un bolso grande que contenía veinticinco kilogramos de hachís; ii) la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención, como la advertencia previa de las implicaciones jurídico probatorias de la confesión o estar asistido de abogado; iii) si bien en la declaraciones iniciales no hay constancia de que los policías le informasen al procesado sus derechos, e incluso las primeras declaraciones autoinculpativas realizadas en sede policial se produjeron sin la asistencia de abogado, lo cierto es que la reiteración en sede del Juzgado de Instrucción y luego ante el Tribunal de Juzgamiento con el pleno cumplimiento de todas las garantías “constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia”. Con base en todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que:

“(…) en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo, como lo son las manifestaciones inculpativas realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana también ha hecho uso del criterio de fuente independiente, fijando la siguiente tesis jurisprudencial:

(...) el hecho de que la declaración ministerial del inculpado o su reconocimiento por la víctima a través de la cámara de Gesell, se declaren nulos por haberse obtenido sin la asistencia de su abogado, no implica que las pruebas desahogadas en el proceso, independientes y sin alguna conexión causal con aquellas diligencias (como por ejemplo las testimoniales de descargo que ofrezca su defensa o los careos constitucionales), deban excluirse del análisis correspondiente por considerarse que derivan de la violación al derecho mencionado; ello, porque si dichas probanzas no mantienen una conexión causal con las pruebas decretadas como ilícitas, constituyen una fuente independiente de las declaraciones del imputado y de la diligencia donde la víctima lo reconoció a través de la cámara de Gesell sin la presencia de su defensor (...) (Tesis J/16, 2015).

El amparo directo en revisión 2844/2014 es un caso particular de aplicación del criterio de fuente independiente. Básicamente los hechos relevantes para analizar la aplicabilidad de este criterio son los siguientes: las autoridades encargadas de la investigación no cumplieron la exigencia constitucional establecida en el artículo 20, fracciones IX y X (reiterados en de los artículos 217 a 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), según la cual durante la diligencia de reconocimiento en la cámara de Gessell debe estar presente el abogado defensor del procesado. El Tribunal Colegiado (primera instancia) consideró que le asistía razón al recurrente pero consideró “inoperantes” los argumentos, pues “aún sin dar valor probatorio a dicha diligencia, que no cumplió con las formalidades legales y con la garantía de defensa del quejoso, subsistía el reconocimiento que tal pasivo hizo del sentenciado en los careos constitucionales donde estuvo legalmente asistido de su defensor”. La Sala Primera de la Suprema Corte consideró que: “además de declararse la invalidez de la prueba, se debió declarar lo mismo, respecto de las subsecuentes probanzas que derivaron directamente de ello, ante la ilicitud primigenia de la prueba de origen”, resolviendo finalmente declarar: “la nulidad de la constancia de identificación realizada por una de las víctimas hacia el indiciado, en la cual no estuvo asistido por defensor, lo mismo que las subsecuentes que derivaron directamente de ello, ante la ilicitud primigenia de la prueba de origen.”. Se extrae de esta providencia que aunque se realice una nueva práctica de un acto de investigación con el lleno de formalidades no es aplicable el criterio de fuente independiente, y en consecuencia debe excluirse en razón al régimen de prueba derivada o refleja.

Aunque en principio pareciera que el amparo 2844/2014 es contradictorio con la tesis de jurisprudencia J/16 de 2015, entre ellos existe una variable diferenciadora que da solución a la aparente contradicción: la naturaleza del acto de investigación. En el caso particular se sienta la regla de que no es viable alegar fuente independiente cuando se trata de la reiteración del mismo acto de investigación declarado nulo. En cambio, en la tesis de jurisprudencia se dice en abstracto que la conexión causal entre el acto ilícito y la prueba es un requisito de la aplicación de la exclusión probatoria, por lo que ante su ausencia no es viable su aplicación. Se trata entonces una mera contradicción aparente, pues lejos de repelerse las posiciones con compatibles: el criterio de fuente independiente ha sido reconocido en México, pero no podrá alegarse cuando se trate de la repetición del mismo acto de investigación declarado nulo.

1.18.2.2 Conexión o vínculo atenuado (attenuated connection doctrina)

Para la aplicación de la regla de exclusión no basta la verificación de la relación causal entre el acto ilícito o la prueba directa, según corresponda, y la prueba derivada; según el criterio de vínculo atenuado es necesario que la relación cumpla ciertas cualidades: inmediatez e importancia. Tal como explica Fidalgo Gallardo (2003, p 440), a pesar de que exista una relación causa-efecto que permita calificar al elemento de conocimiento como fruto del árbol envenenado, no procederá la aplicación de la *exclusionary rule* cuando la conexión este suficientemente atenuada como para que la ilegalidad originaria no pueda considerarse que haya alcanzado a viciar a la prueba derivada.

Nardone v. United States (1939) y *Wong Sun v. United States* (1963) son consideradas como las sentencias originadoras de este criterio. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en *Nardone* afirmó a título de *obiter dicta* que la evidencia obtenida como consecuencia remota de actos de investigación de la policía violando derechos fundamentales podrán ser admisibles si la conexión entre al acto ilegal y la prueba “se hubiese vuelto tan atenuada como para borrar la

mancha” (*dissipate the taint*)¹⁹⁸. En el segundo caso, *Wong Sun*¹⁹⁹, la Corte desarrolló de manera más detallada este criterio, señalando que debe analizarse “si, concediendo el establecimiento de la ilegalidad primaria, las pruebas a las que se hace objeción se han producido mediante la explotación de esa ilegalidad o por medios suficientemente distinguibles para purgarse de la primaria mancha”.

Es importante resaltar que a lo largo de la evolución del vínculo atenuado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos este criterio se ha anclado a la finalidad disuasoria de la regla de exclusión y se ha justificado en razón a la técnica de ponderación de costos y beneficio; por lo tanto, tal como afirma Esnesto Chiesa Aponte (1995), “la mejor forma de entender esta categoría es atendiendo al propósito de la regla de exclusión (“deterrence”): hay un punto en el que el vínculo entre la ilegalidad primaria y el fruto es ya tan atenuada que se pierde el efecto disuasivo en que se funda la regla de exclusión” (p.209). En este sentido, en *Leon v. United States* (1984), por poner tan solo un ejemplo, la Corte Suprema advirtió que:

La percepción que subyace a estas decisiones -que la conexión entre la mala conducta de la policía y la prueba del delito puede estar suficientemente atenuada para permitir el uso de esas pruebas en el juicio- es producto de consideraciones relacionadas con la regla de exclusión y los principios constitucionales que está diseñada para proteger.

En resumen, el concepto de "disipación de la mancha" que el Tribunal ha aplicado para decidir si la exclusión es apropiada en un caso determinado "intenta señalar el

¹⁹⁸ Cita tomada de Fidalgo Gallardo (2003 p. 440). El contexto donde la Corte Suprema utilizó esta expresión fue el siguiente: al referirse a la aplicación de la regla de exclusión, afirmó que “En la práctica, esta declaración generalizada puede ocultar complejidades concretas. Un argumento sofisticado puede demostrar una relación causal entre la información obtenida a través de la escucha telefónica ilícita y la prueba del Gobierno. Sin embargo, como cuestión de sentido común, tal conexión puede haberse atenuado tanto como para disipar la contaminación. Una forma razonable de tratar con esta situación - justa a la intención de 605, pero justa también a los propósitos del derecho penal - debe estar al alcance de jueces experimentados” (traducción libre)

¹⁹⁹ En este caso el procesado fue arrestado de manera ilegal, llevado a la comisaría y posteriormente puesto en libertad. Poco tiempo después volvió a la comisaría por su propia iniciativa y firmó una confesión sobre los hechos investigados. Aunque algunos autores como Fidalgo Gallardo (2003, p. 441) lo tratan como un caso de vínculo atenuado, realmente corresponde a un caso de fuente independiente, pues el acto libre del sospechoso de rendir la declaración de confesión permite romper el nexo causal entre el acto ilegal original y concluir que la evidencia se obtuvo a causa de una fuente legal independiente (la decisión libre de declarar del procesado).

punto en que las consecuencias perjudiciales de la acción policial ilegal se atenúan de tal modo que el efecto disuasorio de la exclusión ya no justifica su costo"²⁰⁰.

Ahora bien, más allá de las críticas que puedan surgir con el reconocimiento de este criterio para la aplicación de la regla de exclusión, el vínculo atenuado lleva consigo un grave problema en la práctica: ¿bajo qué parámetros se mide la intensidad de la relación causal para poder concluir que se está ante un caso en donde no es aplicable la exclusión de la prueba? Fidalgo Gallardo (2003, p. 441), teniendo como base la doctrina norteamericana²⁰¹, señala cuatro criterios para determinar en un caso en concreto el vago criterio del vínculo atenuado.

i). Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas. Se trata de una relación directamente proporcionalidad entre tiempo y atenuación del vínculo: a mayor tiempo transcurrido entre el acto ilegal y la obtención de la evidencia, mayor posibilidad de considerar la prueba admisible por vínculo atenuado; a menor tiempo entre el acto ilegal y la obtención de la evidencia, menor posibilidad de considerarla admisible.

ii). Acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas. La variable a tener en cuenta es la cadena de actos de investigación entre el acto ilegal y la obtención del elemento de conocimiento, o en palabras de Fidalgo Gallardo (2003, p. 441), la “longitud” de la cadena de causas y efectos. A mayor número de acontecimientos entre el acto ilegal y la obtención de prueba, mayores posibilidades tendrá el juzgador para considerar suficientemente atenuada la relación causal.

iii). Gravedad de la violación originaria. La lógica de este criterio se explica cabalmente siguiendo la metáfora de la Corte Suprema para explicar el fenómeno de la exclusión de prueba derivada: “cuando más envenenado esté el árbol, más difícil será que los frutos estén sanos” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 442). La gravedad de la violación originaria podrá medirse bajo aspectos como la intensidad del derecho lesionado y la mala fe (dolo) de los agentes de policía.

²⁰⁰ Traducción libre.

²⁰¹ Dressler, Joshua; Michaels, Alan C. (2013).

iv) Naturaleza de la prueba derivada. Este criterio se desprende de la sentencia *Ceccolini v. United States* (1978)²⁰², en donde la Corte sostuvo que es más sencillo concluir la atenuación del vínculo en casos en donde la prueba derivada se trate de declaraciones libres del procesado que cuando se trate de pruebas materiales, dado que en las declaraciones media una decisión libre por parte del declarante²⁰³.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente ha adoptado este criterio. Al estudiar casos de declaraciones libres y con el respeto de los derechos fundamentales que les asisten a los procesados, el Alto Tribunal ha sostenido en tesis hoy reiterada que:

bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión

²⁰² En este caso la Corte Suprema de Justicia admitió que es admisible el testimonio de un testigo sin importar si su existencia, identidad e importancia para el caso concreto fue descubierta producto de un acto de investigación inconstitucional; para que sea admisible debe mediar una decisión voluntaria del declarante. En palabras de la máxima autoridad de la justicia estadounidense: “Para determinar si la regla de exclusión, con su finalidad disuasiva, debe aplicarse, sus beneficios deben ponderarse en función de sus costos y, al evaluar las normas para la aplicación de la regla a testigos vivos a la luz de este equilibrio, factores a considerar son la longitud del "camino" entre la violación de la Cuarta Enmienda y el testimonio del testigo; el grado de libre albedrío ejercido por el testigo; (...) la aplicación de la regla de exclusión no podría tener el menor efecto disuasorio sobre el comportamiento de un oficial como Biro, y el costo de silenciar permanentemente a un testigo como Hennessey es demasiado grande para que un sistema imparcial de aplicación de la ley pueda soportar un efecto de disuasión especulativo y muy probablemente insignificante. (...) La regla de exclusión debe ser invocada con mucha más reticencia cuando la reclamación se basa en una relación causal entre una violación constitucional y el descubrimiento de un testigo vivo que cuando se hace una reclamación similar para apoyar la supresión de un objeto inanimado” (traducción libre).

²⁰³ Sin embargo, tal como se dijo en la nota al pie de página 159, los casos de prueba derivada de declaraciones libres responden a casos de fuente independiente, puesto que la razón principal por la cual se consideran admisibles este tipo de declaración es el hecho de que media un decisión libre e independiente de una persona de rendir una declaración ante las autoridades, lo que constituye una fuente independiente al acto de investigación ilegal inicial.

causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita. En consecuencia, es legal que el Juez de la causa o el tribunal de apelación, lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada. (Tesis j12 (10a)/2014).

Los criterios para evaluar la intensidad de la conexión entre el acto ilícito, la prueba directa y la prueba derivada son, según la Suprema Corte de México, los siguientes (aunque es una lista meramente enunciativa):

a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. (Tesis 1a. CCCXXVI/2015).

1.18.2.3 Descubrimiento inevitable (inevitable discovery)

El uso del criterio de descubrimiento inevitable para la no aplicación de la regla de exclusión es tal vez uno de los temas que causa mayores críticas entre los defensores de la *exclusionary*

*rule*²⁰⁴. La razón de la oposición reside en el juicio contra fáctico que debe hacer el juzgador para estudiar la aplicación de la exclusión del material probatorio; este criterio implica suponer hechos que aunque probables no han sucedido en la realidad, lo que realmente termina siendo un juicio hipotético y especulativo, contra fáctico, con inmenso riesgo de subjetividad judicial difícilmente controlable en la práctica.

Aunque el caso *Nix v. Williams* (1984) suele considerarse como el origen del descubrimiento inevitable, debe advertirse, siguiendo el exhaustivo estudio del profesor Fidalgo Gallardo (2003), que las Cortes inferiores venían aplicando rutinariamente este criterio tiempo atrás. El caso *Nix* trató de la desaparición de una niña de 10 años; en plena investigación, el procesado fue trasladado de una ciudad a otra al parecer por cuestiones de competencia judicial; de este traslado tuvo conocimiento el abogado defensor, a quien se le dijo que su cliente no sería entrevistado por parte de los policías encargados del traslado; sin embargo, los oficiales iniciaron una conversación con el procesado, quien terminó realizando declaraciones incriminatorias y señalando el lugar en donde se encontraba el cuerpo del menor. Paralelo al traslado, se llevaba a cabo una búsqueda sistemática con la ayuda de aproximadamente 200 voluntarios sobre el área donde se sospechaba podría estar la menor. Ante la verificación de la ubicación brindada por el procesado y el consecuente hallazgo del cuerpo, se ordenó la terminación de la búsqueda; la ubicación dada por el procesado estaba dentro de la zona de búsqueda de los voluntarios. La Defensa solicitó la supresión de la evidencia física del cuerpo sin vida de la menor y toda la que se derivara de ella (autopsia), pues su hallazgo ocurrió en razón de las declaraciones obtenidas ilegalmente (sin presencia de abogado). El procesado fue declarado culpable de homicidio en primer grado, y tanto la Corte Suprema del Estado de Iowa como la de Estados Unidos, confirmaron la decisión. Pese a la indiscutible relación causal entre el acto ilícito (declaración sin abogado) y el hallazgo de la evidencia (cuerpo sin vida de la menor), la Corte Suprema consideró que: “la búsqueda en última instancia o inevitablemente habría descubierto el cuerpo de la

²⁰⁴ En ese sentido puede ver la posición de Manuel Miranda Estrampes (2004), quien sostiene que: “Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales” (pp. 128-129).

víctima. La evidencia demuestra que los buscadores se acercaban a la ubicación real del cuerpo, que la búsqueda habría sido reanudada si el entrevistado no hubiera llevado a la policía al cuerpo, y que el cuerpo inevitablemente habría sido encontrado”²⁰⁵. Para justificar el descubrimiento inevitable, la Corte recuerda que la finalidad de la regla de exclusión es la disuasión de los agentes del Estado, y por tanto: “Si la fiscalía puede establecer por la preponderancia de la evidencia que la información en última instancia o inevitablemente habría sido descubierto por medios legales - aquí la búsqueda de los voluntarios - entonces la razón de disuasión tiene tan poco fundamento que la evidencia debe ser recibida”²⁰⁶.

Con el reconocimiento del descubrimiento inevitable por la justicia federal estadounidense a mediados de la década de los 80, no cabe la menor duda que la Corte Suprema de Justicia ha dejado a un lado la finalidad ética constitucional de la regla exclusión para justificarla exclusivamente en el efecto disuasivo (*deterrent effect*), a tal punto que en la sentencia *Nix v. Williams* (1984) la Corte afirmó ante el descubrimiento inevitable: “la fiscalía no está obligada a probar la ausencia de mala fe, ya que tal requisito daría lugar a privar a los jurados de verdad relevante e indudable que habría estado a disposición de la policía en ausencia de cualquier actividad ilegal”.

El criterio de descubrimiento inevitable implica entonces un juicio hipotético según el cual si suprimido el acto ilícito que es base causal indiscutible para la obtención de la evidencia se puede inferir con alta probabilidad que la evidencia igualmente se hubiese hallado por un acto de investigación legal, no procederá la aplicación de la regla de exclusión. Fidalgo Gallardo (2003) lo define de la siguiente manera: “en caso de que se tuviese certeza de que la prueba obtenida como consecuencia de la ilegalidad originaria, que sería inadmisibles conforme a la doctrina del fruto del árbol envenenado, de todos modos hubiese acabado siendo posteriormente obtenida por medios legales, la prueba derivada se considera admisible” (pp. 442-443).

Siguiendo los estudios de la profesora Andrea Planchadell Gargallo (2010), la primera providencia española que adopta este criterio es la sentencia del Tribunal Supremo 974 del 4 de junio de 1997 (RJ 1997/6008). El recurrente alegaba que “ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador puede surtir efecto al derivarse todas ellas

²⁰⁵ Traducción libre.

²⁰⁶ Traducción libre.

de una intervención telefónica que el propio Tribunal sentenciador consideró nula por falta de motivación suficiente de la resolución judicial que la acordó”. Al estudiar las particularidades del caso, el Tribunal consideró que: “el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del “descubrimiento inevitable”, por cuanto:

“(…)la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada²⁰⁷.

El génesis del criterio del descubrimiento inevitable en el derecho procesal penal español trajo consigo una advertencia: “La limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fé", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales” la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente” (STC 974/1997). Lo anterior significa que no es dable la aplicación de este criterio si se observa que los agentes de policía realizaron un acto de investigación ilícito bajo el pretexto de que de igual forma la evidencia se hubiese hallado por existir actos de investigación preliminares ajustados al ordenamiento jurídicos que con alta probabilidad hubiesen permitido la obtención del elemento de conocimiento. Razonar de manera diferente tendría el riesgo de incentivar en la práctica que los agentes de policía dolosamente diseñaran líneas de investigación previas legales con cierto grado de eficacia

²⁰⁷ Sobre este punto, se continua diciendo en la sentencia (STC 974/1997): En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues –con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuadamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

para la obtención de evidencia con el objeto de asegurar la validez de la prueba bajo la excusa de su descubrimiento inevitable.

La aplicación de este criterio exige la realización de un juicio hipotético, y por ende contrafáctico, por lo que siempre será un juicio de probabilidades; de lo que se trata es de suprimir mentalmente de la investigación el acto ilícito y preguntarse si ante su ausencia la evidencia igualmente se hubiese encontrado. Si la respuesta a la pregunta es negativa, la evidencia deberá excluirse; si la respuesta es positiva en un alto grado de probabilidad, la evidencia gozará de eficacia jurídica para la demostración de los hechos.

La adopción de este criterio no ha estado exenta de críticas en la comunidad jurídica española. Manuel Miranda Estrampes (2010), por ejemplo, sostiene que “el criterio de *inevitabilidad* contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los *inevitables* riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia” (p. 145), y en igual sentido se pronuncia Juan Luis Gómez Colomer (2008).

1.18.2.4 Buena fe (good faith)

En el marco de la *exclusionary rule* justificada en el efecto disuasivo que podría llegar a generar en los agentes del Estado, especialmente policías –se buscaba mitigar las prácticas de actos de investigación ilegales–, posición que para los años ochenta del siglo XX era una constante en la Corte Suprema de Justicia, nació el criterio de la buena fe (*good faith exception*) con el caso *United States v. Leon* en el año 1984, aunque previamente se presentaron algunos antecedentes que abonaron el terreno para el surgimiento de este criterio. Tal como señala Ernesto Chiesa Aponte (1999), el quid del asunto radica en resolver las siguientes preguntas: “cuando un funcionario tiene ante sí una orden expedida por magistrado, sin que surja de la orden vicio alguno, ¿qué efecto disuasivo puede tener la regla de exclusión? Si lo que se persigue es que los agentes no registren o arresten sin orden, salvo circunstancias muy especiales, ¿por qué excluir los frutos del registro con orden judicial de la cual no surge vicio alguno?” (p. 198).

El caso *Leon* trató de una orden judicial de registro y allanamiento que a la postre, luego de practicado el acto de investigación e incautada evidencia relevante (estupefacientes), la judicatura declaró ilegal por no haber existido causa probable. El punto en discusión se centraba en establecer si debía recaer sobre la evidencia incautada la regla de exclusión; la Fiscalía argumentaba que la

evidencia no debía suprimirse porque fue obtenida en buena fe por los policías, en confianza razonable en virtud de la orden de registro; la Defensa por su parte alegaba que ese aspecto no puede ser tenido como una excepción a la *exclusionary rule*. La primera y segunda instancia le dio la razón a la Defensa; pero al final la Corte Suprema le dio razón a la Fiscalía. Partiendo de la base de que “la regla de exclusión está diseñada para disuadir la mala conducta de la policía, en lugar de castigar los errores de los jueces y magistrados”²⁰⁸, la Corte Suprema de Justicia concluyó en el caso *United States v. Leon* (1984) que: “la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no debe ser aplicada para impedir el uso de evidencia obtenida por los agentes que actúan en la confianza razonable en una orden de registro emitida por un juez independiente y neutral, pero que finalmente resultó ser inválida”²⁰⁹.

La buena fe como criterio exceptivo para la aplicación de la regla de exclusión se ha desarrollado en el marco del derecho a la intimidad consagrado en la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, sin embargo, por analogía podría ser aplicable para casos en donde esté en juego otros derechos constitucionales que han sido base sustantiva para la aplicación de la *exclusionary rule*.

Otro aspecto para resaltar de la sentencia *United States v. Leon* (1984) es el alcance del efecto disuasivo. En este caso la Corte hace una distinción que en la práctica restringe considerablemente el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: la finalidad *deterrent effect* se dirige exclusivamente a los agentes de policía, y no a la totalidad de agentes del Estado, lo que deja por fuera ilegalidades que cometan funcionarios que intervienen de manera directa y activa en los procesos penales (jueces, magistrados, y fiscales). Por lo tanto, a partir de esta tesis, los errores al emitir una orden judicial o administrativa, en caso de la fiscalía, para realizar un acto de investigación no podrán ser base para la aplicación de exclusión de prueba, en la medida que lo que se busca con la exclusión es disuadir a los Policías de no cometer ilegalidades en las investigaciones penales, no a jueces y fiscales, y como quiera que los policías que realizan un acto de investigación (piénsese en un registro y allanamiento) en virtud de una orden parten de la presunción de legalidad de las decisiones judiciales y administrativas, actuarían bajo confianza legítima de la legalidad de la orden, lo que se traduciría en que su comportamiento está amparado

²⁰⁸ Traducción libre.

²⁰⁹ Traducción libre.

bajo buena fe o, lo que es lo mismo pero en lenguaje de la dogmática penal, carecerían de dolo o culpa por presentarse un típico caso de error de tipo. Esta tesis restringida de la finalidad de regla de exclusión, y en general el criterio de buena fe, ha sido “considerada como una muestra evidente del desapego de la Corte Suprema a partir de los años ochenta hacia la misma regla de exclusión, y como uno de los más importantes recortes de la aplicabilidad de la regla después del período de crecimiento acelerado de los años sesenta y el período de transición de los sesenta” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 445-446). Con razón el profesor puertorriqueño Ernesto Chiesa Aponte (1959) afirma que el aspecto más importante de esta sentencia radica en que: “establece que el alcance de la regla de exclusión debe determinarse a base de un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla. Cuando el efecto disuasivo de la aplicación de la regla de exclusión es poco o ninguno y el costo social de la exclusión es patente, no debe aplicarse la regla de exclusión” (pp. 198-199).

En *Massachusetts v. Sheppard* (1984), un caso resuelto poco tiempo después de *Leon* (1984), se resolvió no excluir prueba con base en el criterio *good faith*. Luego de reiterar el precedente *Leon* (1984)²¹⁰, la Corte Suprema al estudiar el caso en concreto advirtió que: “había una base objetivamente razonable para la creencia equivocada de los oficiales de que la orden autorizaba la búsqueda que realizaban”, por lo que, teniendo en cuenta que si existió un error fue cometido por el juez y no por los oficiales de policía, concluyó que la supresión de prueba no servirá para el cumplimiento de la función disuasiva que la regla de exclusión persigue.

Aunque en los casos de *good faith* media la mayor de las veces una orden judicial que a la postre es declarada inválida, como sucedió en los casos reseñados anteriormente, la Corte Suprema de Estados Unidos también ha estudiado asuntos en donde no se presenta decisión judicial base para la configuración de la confianza legítima de los agentes de policía.

En *Illinois v. Krull* (1987), por ejemplo, la base de la confianza no fue una orden judicial sino una ley estatal que luego fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema por no ajustarse a

²¹⁰ Se reitera en la sentencia la tesis del caso *Leon* (1984) al considerar: “La regla de exclusión no debe aplicarse cuando el funcionario que realiza la búsqueda actuó de manera objetivamente razonable confiando en una orden emitida por un magistrado independiente y neutral que posteriormente se determina que es inválido”. Traducción libre.

los mandatos de la Cuarta Enmienda de la Constitución²¹¹. Sin embargo, el precedente *Krull* no debe ser extendido a casos de indebida interpretación de normas procesales, “sino solo a casos en que el estatuto autoriza expresamente la conducta que luego es declarada inconstitucional a pesar del estatuto” (Chisa Aponte, 1995, p. 201), como lo sostuvo la Corte en el caso *People v. Madison* (1988)²¹².

Otra circunstancia en la que es viable alegar buena fe de la actuación de policía es el consentimiento dado por un tercero, pese a que luego se demuestre que realmente este no contaba con la legitimación para otorgarlo. En el caso *Illinois v. Rodríguez* (1990)²¹³ los agentes de policía entraron al domicilio de Edward Rodríguez con el consentimiento de Gail Fischer, su antigua novia, quien había vivido durante varios meses con él. Al entrar al apartamento la Policía no contaba ni con una orden de arresto ni con una orden de allanamiento, pero Fischer abrió la puerta con su llave y dio permiso a los agentes para entrar. El procesado solicitó la supresión de todas las pruebas obtenidas en su domicilio alegando que Fischer ya hace varias semanas que no vivía allí y por tanto no podía autorizar la entrada de la Policía, sumado a que las llaves que ella tenía no se las había entregado él. En primera instancia, al igual que la Corte de apelación, le dieron la razón a Rodríguez. Sin embargo, la Corte asumió otra postura considerando que: “Una entrada sin orden es válida cuando se basa en el consentimiento de un tercero que la policía, en el momento de la entrada, crea razonablemente que posee la autoridad común sobre los locales, pero que en realidad no la tiene”²¹⁴.

²¹¹ En palabras de la Corte: “La regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no se aplica a la evidencia obtenida por la policía que actuó en una dependencia objetivamente razonable de una ley que autoriza búsquedas administrativas sin orden judicial, pero que posteriormente se encuentra que viola la Cuarta Enmienda. La aplicación de la regla de exclusión en estas circunstancias tendría poco efecto disuasorio sobre el futuro mala conducta policial, que es el propósito básico de la regla. Funcionarios que realizan tales búsquedas son simplemente cumpliendo con su responsabilidad de hacer cumplir la ley como por escrito. Si una ley no es claramente inconstitucional, los oficiales no se puede esperar a cuestionar el juicio de la legislatura que aprobó la ley”. Traducción libre. Un antecedente de esta posición puede encontrarse en el caso *Michigan v. De Filippo* (1979).

²¹² En esta ocasión la Corte fue enfática al advertir que tal proceder (permitir alegar buena fe amparado en la interpretación de la norma) “vaciaría de contenido la regla de exclusión (...) Los oficiales de policía serían alentados a desafiar el lenguaje sencillo de los estatutos como escrito en favor de sus propias interpretaciones en la realización de registros e incautaciones. Tal propuesta, que otorga a la policía autoridad ilimitada para efectuar inspecciones e incautaciones hasta que esté específicamente restringida por el legislador o los tribunales, contradice fundamentalmente el propósito central de disuadir la conducta policial que subyace a la regla de exclusión”. Traducción libre.

²¹³ Caso tomado de Ester Eusamio Mazagatos y Ana Sánchez Rubio (2016, p. 109).

²¹⁴ Traducción libre.

Arizona v. Evans (1995) es un caso particular de especial interés para fijar los contornos de la buena fe como criterio negativo de regla de exclusión; este caso no trató propiamente de un error judicial o de una ley inconstitucional, sino de un error de un funcionario encargado de actualizar la base de datos de la Policía de registro de ordenes de captura y registros; los hechos del caso versan sobre la detención de una persona por “la policía de Phoenix durante una parada de tráfico de rutina cuando el equipo de un coche patrulla indicó que había una orden de delito menor de detención pendiente. Una búsqueda posterior de su coche reveló una bolsa de marihuana, y él fue acusado de posesión. El procesado solicitó suprimir la marihuana por ser fruto de un arresto ilegal, ya que la orden de delito menor había sido anulada antes de su arresto”²¹⁵; en primera instancia se accedió a la petición de supresión, la Corte de Apelación negó la aplicación de la regla de exclusión considerando que “el propósito de la regla de exclusión no serán atendidos mediante la exclusión de pruebas obtenidas debido a un error por los empleados que no están asociados directamente con los agentes que lo detuvieron o su departamento de policía”, la Corte Suprema de Arizona “rechazó la distinción entre errores materiales cometidos por agentes del orden y los mismos errores de los empleados judiciales y predijo que la aplicación de la regla de exclusión serviría para mejorar la eficiencia de los gestores de documentos del sistema de justicia criminal”, finalmente a nivel federal la Corte de Suprema de Justicia consideró viable la aplicación de la buena fe.

Al analizar las razones que llevaron a la máxima autoridad de la justicia estadounidense a aplicar la teoría de la buena fe en el caso *Arizona v. Evans* (1995) se entiende porque autores como Ester Eusamio Mazagatos y Ana Sánchez Rubio(2016), Fidalgo Gallardo (2003) y Manuel Miranda Estrampes (2004) sostienen que a finales del siglo XX se generó un fenómeno de desmantelamiento de la regla de exclusión en Estados Unidos. Además de sostener que no es aplicable la supresión de evidencia por regla de exclusión cuando la ilegalidad se debió a errores administrativos de los empleados judiciales, puesto que “la regla de exclusión fue diseñada históricamente como un medio para disuadir la mala conducta de la policía, no los errores de los empleados de la Corte”²¹⁶, concluyó que: “el problema de la exclusión es independiente de si la Enmienda se ha violado. La Enmienda no excluye expresamente la utilización de las pruebas

²¹⁵ Tomado literalmente de la sentencia. Traducción libre.

²¹⁶ Traducción libre.

obtenidas en violación de sus mandatos, y la exclusión sólo es apropiada cuando los objetivos de la regla se consideran más eficaces”²¹⁷. Según esta nueva visión la *exclusionary rule* deja de ser propiamente un derecho constitucional para convertirse en un simple instrumento disuasorio de actividades ilegales cometidas por agentes de policía.

Pese al alcance extensivo de la buena fe visto, la doctrina, con base en la jurisprudencia norteamericana, ha establecido lo que suele llamarse “excepciones a la excepción” de la *good faith* (Fidalgo Gallardo, 2003, pp. 448-451), las cuales hacen referencia a circunstancias que de presentarse imposibilitan la alegación de buena fe objetiva para justificar la admisión en juicio de las pruebas obtenidas. La creación de estos criterios encuentra su justificación si se tiene en cuenta que si bien el criterio de buena fe se presenta en la órbita interna de los policías que ejecutan la orden, por lo que es indiscutiblemente un hecho subjetivo, es necesario fijar aspectos objetivos para evaluar cuando se está ante una confianza legítima de tal magnitud que permita concluir que los policías actuaron amparados en buena fe. Como bien afirma el profesor Fidalgo Gallardo (2003): “no se trata de analizar la buena fe del concreto agente de Policía al obtener las pruebas apoyándose de buena fe en la autorización nula, sino determinar si en ese caso concreto las circunstancias concurrentes hacían objetivamente posible que se diese esta buena fe” (p. 447). Esta idea de fijar criterios objetivos para evaluar el hecho subjetivo de la buena fe viene desde sus propios orígenes en la sentencia *United States v. Leon* (1984) cuando la Corte afirmó: “La confianza de un agente de policía en la determinación probable de la causa del magistrado y en la suficiencia técnica de la orden que emite debe ser objetivamente razonable”²¹⁸, advirtiendo que no es dable alegar buena fe cuando la existencia de la orden es “totalmente irrazonable”.

Las excepciones a la excepción de la buena fe son las siguientes:

i) Declaración jurada falsa. Se presenta cuando el policía que realizó el registro y allanamiento sirvió como base probatoria –rindió declaración jurada²¹⁹– para la expedición de la

²¹⁷ Traducción libre.

²¹⁸ Traducción libre.

²¹⁹ Téngase en cuenta que conforme la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense, las ordenes de registro requieren como requisitos para su expedición: “ ser emitida: *a*) por un Magistrado neutral e independiente (*neutral and detached magistrate*); *b*) en base a una declaración jurada (*supported by oath or affirmation*); *c*) fundamentada en indicios reales de criminalidad (*upon probable cause*); y *d*) precisando con la suficiente particularidad la extensión del apoderamiento conferido (*particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*)” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 449).

orden judicial (*search warrant*), y la postre se demuestra que incurrió en falsedad en testimonio. Un caso en donde se puso en evidencia este criterio fue en *Franks v. Delaware* (1978).

ii) Falta de neutralidad por parte del Magistrado que emitió la autorización. Si es indudable la falta de neutralidad del juez emisor de la orden de registro y allanamiento, no se podrá alegar buena fe de la actuación policial. Este criterio puede verse aplicado en la sentencia *Lo-Ji Sales Inc. v. New York* (1979) en donde el juez que emitió la orden de allanamiento abandonó la sede del Tribunal y acompañó al agente de Policía a una librería en la que se vendían materiales pornográficos ilegales señalando los materiales a incautar.

iii) Falta de indicios suficientes en la declaración jurada. Es de difícil aplicación en la práctica, pues realmente revista una evaluación de la legalidad de la *search warrant* emitida por un Juez. En palabras de Fidalgo Gallardo (2003): “Si la declaración jurada simplemente vertía afirmaciones y derivaba conclusiones que no venían convenientemente fundadas en hechos, de manda que la apreciación de la existencia de indicios justificativos de la intrusión en la intimidad mediante el registro autorizado resultase irrazonable, no cabrá apreciar la existencia de buena fe objetiva” (p. 450). Este criterio se deriva de las consideraciones de la sentencia *United States v. Leon* (1984), en donde claramente se dijo: “Tampoco puede manifestar un funcionario objetivamente buena fe al confiar en una orden judicial basada en una declaración jurada que carece de indicios de causa probable que haga creer oficialmente que su existencia es totalmente irrazonable”²²⁰. En *Illinois v. Gates* (1983) se analizó este aspecto de manera detallada.

iv) Falta de particularidad en la delimitación del ámbito del apoderamiento conferido. Es necesario que la orden de registro y allanamiento especifique el lugar objeto del acto de investigación, so pena que sea inviable la alegación del criterio de buena fe. Al igual que el anterior criterio, este se desprende de la sentencia *Leon* (1984) donde se dijo: “una orden de detención puede ser tan superficialmente deficitaria –es decir, al no especificar el lugar de la búsqueda o las cosas que deben ser incautadas– que los agentes ejecutores no pueden presumir razonablemente que es válida”²²¹. Un caso en donde se analizó particularmente la aplicación de este criterio: *Massachusetts v. Sheppard* (1984).

²²⁰ Traducción libre.

²²¹ Traducción libre.

v) Defectos en la ejecución de la autorización de registro. Sólo se podrá alegar buena fe en la medida que el acto de investigación responda estrictamente a los lineamientos fijados en la orden judicial, por lo que en casos de extralimitaciones de los policías no se podrá alegar este criterio. Sobre este aspecto se dijo en *Leon* (1984) que la buena fe: “presupone, por supuesto, que los agentes de Policía ejecutaron correctamente la autorización y registraron únicamente aquellos lugares y buscaron sólo aquellos objetos que racionalmente se podían entender cubiertos por la autorización”²²².

El criterio de buena fe fue adoptado en el regimen español mediante la sentencia del Tribunal Constitucional 22 del 10 de febrero del año 2003, actuando como magistrado ponente Francisco Javier Delgado Barrio. Los hechos del caso: en el marco de la flagrancia de un delito de amenazas (una mujer llamó advirtiéndole que estaba siendo amenazada con un arma de fuego por su esposo; incluso se alcanzó a escuchar en la llamada unos disparos), la policía entró al bien inmueble, detuvo y trasladó al sujeto a la estación de policía más cercana; poco tiempo después, en virtud del consentimiento de la esposa, se realizó un minucioso registro al bien inmueble, encontrándose un arma de fuego perteneciente al acusado. Pese a considerar que objetivamente el registro fue contrario al ordenamiento jurídico (la policía no contaba con el consentimiento del detenido, tampoco solicitó autorización judicial, pudiendo hacerlo fácilmente sin que se afectará la investigación o los derechos de víctima, el consentimiento del cotitular no es válido para realizar el registro sobre las pertenencias del procesado, máxime si en este caso se trata de la víctima la que da el titular), el Tribunal resolvió no aplicar la exclusión sobre el arma. Las razones son las siguientes:

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la

²²² Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2003, p. 451)

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 y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

Este caso ha sido considerado por la doctrina como la genesis del criterio de buena fe estadounidense en el ordenamiento jurídico español (Planchadell Gargallo, 2010). Sin embargo, del apartado transcrito de la decisión, que corresponde al principal argumento para tomar la decisión de no excluir ningún elemento de conocimiento, se extrae que también se utilice otro criterio diferente a la buena fe: el descubrimiento inevitable. Cuando el Tribunal afirma que “dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial” y “la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado” esta utilizando el criterio de descubrimiento inevitable: si suprimido mentalmente el acto antijurídico que objetivamente causó la obtención de la evidencia (registro ilegal) existe una alta probabilidad de que se hubiese hallado por otra vía legal (orden judicial), el elemento de conocimiento no se excluye.

1.18.2.5 Tacha (impeachment)

Como hasta ahora se ha visto, la *exclusionary rule* implica la prohibición de valoración probatoria de evidencia, sin importar el valor epistémico que esta pueda llegar a tener para la decisión. El tema sobre el que se ha desarrollado esta consecuencia jurídica ha sido la responsabilidad penal del acusado; lo que se busca es que se el juzgador no tenga en cuenta al momento estudiar la demostración de los hechos que fundamentan la pretensión punitiva el elemento cognoscitivo ilícito.

Pero el proceso jurídico, judiciales y administrativos, requiere de prueba no sólo para tomar la decisión de responsabilidad penal, sino también para resolver múltiples asuntos previos y accesorios: la imposición de una medida cautelar, sea sobre bienes, pruebas o personas, la autorización para realizar un acto de investigación que ponga en juego derechos fundamentales, decidir sobre la terminación anormal del proceso. En este marco de múltiples y diferentes temas

de prueba a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación nació la llamada *impeachment exception*.

La aplicación de la regla de exclusión en la fase previa al juicio penal (*criminal trail*) bajo la llamada moción de supresión (*motion to suppress*) surtida en la audiencia preliminar para la supresión de pruebas (*suppression hearing*), implica la imposibilidad absoluta de hacer uso en el juicio de la evidencia suprimida o excluida, lo que conlleva no sólo a que no se podrá presentar la evidencia como prueba autónoma, sino que no se podrá utilizar para fines secundarios, como sería impugnarle credibilidad a un testigo o refrescarle memoria. El objetivo de esta imposibilidad es evitar al máximo el contacto del juzgador con la evidencia ilícita, pues como ha sostenido la doctrina española (Miranda Estrampes, 2004), de conocerse el contenido de la evidencia que tiene mérito para ser excluida se generará un efecto psicológico en el juzgador que repercutirá inevitablemente en la valoración probatoria.

Con la confianza que genera una imposibilidad de uso y valoración de dimensiones tan grandes como las señaladas en el párrafo anterior, en la práctica forense penal estadounidense se presentó el siguiente escenario: la Defensa ideaba una teoría del caso abiertamente contraria a la información que otorga la evidencia ilícita excluida, a tal punto que para soportar probatoriamente los hechos defensivos el acusado renunciaba a su derecho a guardar silencio y declaraba en el juicio. En el contexto de la prueba testimonial del acusado en el juicio nació la *impeachment exception*:

“según la cual la acusación puede aportar al juicio materiales probatorios inconstitucionales obtenidos, y por tanto inadmisibles para demostrar los cargos formulados contra el acusado, a los solos efectos de poner en duda la veracidad de las afirmaciones del acusado en su confesión en juicio, sea en respuesta a las preguntas de su abogado (*direct examination*) o a preguntas legítimas del *prosecutor* (*cross-examination*), cuando de la disconformidad de la confesión con sus declaraciones anteriores al juicio oral sea patente su intención de cometer perjurio para eludir la acción de la Justicia” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 452-453)

Se presenta realmente una excepción a la consecuencia de la regla de exclusión. Ya no se trata de una prohibición de valoración absoluta, sino que la evidencia tendrá una utilidad probatoria: impugnarle credibilidad al dicho del acusado en juicio. Como explica Fidalgo Gallardo (2003, p.

454) el propósito de esta excepción es evitar que la Defensa se aproveche indebidamente de la *exclusionary rule* alegando en el juicio una teoría del caso fáctica contraria a lo que indiscutiblemente demuestra la evidencia ilícita, incurriendo en falso testimonio o, como lo llamada el derecho estadounidense, perjurio (*perjury*).

Pese a lo difícil de separar una y otra por el mencionado efecto psicológico, el *impeachment exception* permite aportar prueba inadmisibile al juicio oral, pero, se aclara, “sólo a efectos de poner en duda la credibilidad de la confesión del acusado, y no con la finalidad de probar la acusación principal” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 453). Por lo tanto, la aplicabilidad de este criterio exceptivo está supeditada a la estrategia de la Defensa, pues sólo será aplicable cuando el acusado decida libremente renunciar a su derecho a guardar silencio y declarar en el juicio oral, siempre que su relato se abierta y groseramente contrario a la información que la prueba ilícita suministraría en el juicio.

La sentencia *Walder v. United States* (1954) es un buen ejemplo de la aplicación de este criterio. Un registro y allanamiento en el que se incautó heroína fue declarar ilegal, por lo que posteriormente la evidencia hallada fue suprimida a petición de la Defensa y el caso desestimado por falta de prueba. En un caso posterior por otras transacciones ilícitas de estupefacientes, el procesado declaró en juicio nunca haber comprado, vendido o poseído ningún tipo de droga prohibida²²³. La Corte Suprema de Justicia consideró que: “La afirmación del peticionario en el interrogatorio directo de que nunca había tenido narcóticos abrió la puerta, únicamente con el propósito de atacar la credibilidad del peticionario, a la prueba de la heroína ilegalmente

²²³ Sobre los hechos se dice en la sentencia: “En enero de 1952, el peticionario fue nuevamente procesado, esta vez por otras cuatro transacciones ilícitas de estupefacientes. El caso del Gobierno consistió principalmente en el testimonio de dos drogadictos que afirmaron haber obtenido las cosas ilícitas del peticionario bajo la dirección de agentes federales. El único testigo de la defensa fue el propio acusado, peticionario aquí. El negó cualquier trato narcótico con los dos informantes del Gobierno, y atribuyó el testimonio contra él a la hostilidad personal.
(...)

En el interrogatorio, en respuesta a una pregunta formulada por el Gobierno haciendo referencia a este testimonio directo, el procesado reiteró su afirmación de que nunca había comprado, vendido o poseído ningún narcótico. Sobre la objeción de la parte demandada, el Gobierno luego le preguntó acerca de la cápsula de la heroína incautada ilegalmente desde su casa en su presencia en febrero de 1950. El acusado negó rotundamente que cualquier narcótico fueron tomadas de él en ese momento. El Gobierno presentó el soporte de uno de los oficiales que habían participado en el registro ilegal y captura, y también el químico que habían analizado la cápsula de la heroína. El juez de primera instancia admitió estas evidencias, pero advirtiendo al jurado que no podían ser usado para determinar si el acusado había cometido los crímenes de la acusación, podían ser usados únicamente con el fin de impugnar la credibilidad del acusado. El acusado fue condenado, y el Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito confirmó, con un juez discrepante.” Traducción libre.

confiscada en relación con el procedimiento anterior”²²⁴. Para llegar a la anterior conclusión la Corte esgrimió el argumento del aprovechamiento indebido de la regla de exclusión, por cuando no es admisible “dejar que el acusado recurriese positivamente al perjurio en su declaración confiando en que el Ministerio Fiscal no podrá atacar su credibilidad”²²⁵. Ernesto Chiesa Aponte (1993), quien se muestra a favor de este criterio, al comentar el caso *Walder* explica la posición de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera:

El acusado –quien tiene derecho constitucional a no declarar– puede declarar y negar específicamente los hechos imputados en la acusación, sin abrir con esto al gobierno la puerta para utilizar la evidencia ilegalmente obtenida a fines de impugnación. Pero al declarar más allá y hacer afirmaciones que son contrarias a la realidad del registro o incautación anterior, debe prevalecer la integridad del procedimiento para la más correcta determinación de los hechos y permitirse la evidencia ilegalmente obtenida para impugnar por contradicción. (p. 193).

United States v. Havens (1980) sigue la misma línea argumentativa de *Walder* (1954), pero aclarando que la excepción a los efectos de la regla de exclusión por tacha es aplicable no solo al dicho del acusado en sede de interrogatorio directo, sino también cuando el perjurio se evidencie producto de las respuestas dadas por el acusado en sede del *cross-examination* ejercido por el acusador.

En el caso *Harris v. New York* (1971) la cuestión versó sobre el uso en el juicio con fines de impugnación de credibilidad de declaraciones anteriores al juicio tomadas con violación de los derechos consagrados en la Quinta Enmienda de la Constitución, los cuales fueron fijados en el famoso caso *Miranda v. Arizona* (1966). La Corte Suprema al resolver este problema jurídico resolvió que la: “Declaración inadmisibles contra un acusado en el procedimiento principal debido a la falta de las garantías procesales requeridas por *Miranda v. Arizona* puede ser usado para fines de acusación para atacar la credibilidad del testimonio del acusado”²²⁶, esto por cuanto si bien “Cada acusado tiene el privilegio de testificar en su propia defensa, o negarse a hacerlo (...), este privilegio no puede ser interpretado para incluir el derecho a cometer perjurio”. Si voluntariamente el acusado decide renunciar a su derecho a guardar silencio y comparecer al

²²⁴ Traducción libre.

²²⁵ Traducción tomada de Fidalgo Gallardo (2003, p. 454)

²²⁶ Traducción libre.

juicio como testigo, tiene “la obligación de hablar con honestidad y exactitud, y la fiscalía aquí no hizo más que utilizar los dispositivos tradicionales de verificación de la verdad del proceso adversarial”, concluyendo que: “El escudo provisto por *Miranda* no puede ser pervertido en una licencia para usar el perjurio a modo de defensa, libre del riesgo de confrontación con expresiones anteriores inconsistentes. Consideramos, por lo tanto, que la credibilidad del peticionario fue apropiadamente acusada por el uso de sus anteriores declaraciones contradictorias”.

El *impeachment exception* o, como lo llama el profesor Ernesto Chiesa Aponte (1995), la excepción de la regla de exclusión por impugnación de credibilidad del acusado, es aplicable exclusivamente a la credibilidad del dicho en juicio del acusado, y no a las demás pruebas testimoniales de la Defensa. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso *James v. Illinois* (1990)²²⁷, aunque en división dividida en cinco votos a favor y cuatro en contra. La posición mayoritaria sostuvo que el Corte Suprema del Distrito de Illinois “erró al ampliar la excepción de *impeachment* para abarcar el testimonio de todos los testigos de la defensa”, por cuanto “Esta expansión frustraría los propósitos subyacentes a la regla de exclusión”. Para llegar a esta conclusión la Corte utilizó nuevamente la técnica de ponderación de costos y beneficios (*cost-benefit analysis*) exponiendo principalmente los siguientes argumentos: i) “La justificación de la verdad que apoya el *impeachment* a los acusados no se aplica con igual fuerza a otros testigos”; ii) “la mera amenaza de una posterior persecución penal por perjurio es mucho más probable que disuada a un testigo de mentir intencionalmente en favor de un acusado que disuadir a un acusado, ya enfrentado a la condena por la infracción subyacente, de mentir en su propio nombre.”; iii) “la ampliación de la excepción de acusación para abarcar el testimonio de

²²⁷ Los hechos jurídicamente relevantes del caso son resumidos por Ernesto Chiesa Aponte (1995, p.197) así: Aquí el acusado James alegadamente participó en hechos delictivos constitutivos de asesinato y tentativa de asesinato. Ya bajo arresto, el sospechoso admitió a los agentes que se había pintado el pelo y cambiado su peinado el día anterior, para alterar su apariencia. El tribunal de instancia suprimió estas declaraciones por ser fruto de un arresto ilegal en violación a la Enmienda Cuarta. En el juicio, unos testigos de cargo describieron el pelo y peinado antes del crimen; identificaron al acusado en corte, a pesar de este estar con otro color de pelo y diferente peinado. El acusado optó por no testificar. Si hubiera testificado sobre su pelo al momento de los hechos delictivos, hubiera sido permisible su impugnación mediante los hechos delictivos, hubiera sido permisible su impugnación mediante las declaraciones producto del arresto ilegal (*Harris y Walder*). Pero testificó, como testigo de defensa, un tal Henderson, quien declaró que el día de los hechos el acusado tenía el pelo como lo tenía ahora en corte. El tribunal permitió la impugnación de este testimonio mediante las declaraciones del acusado ilegalmente obtenidas (frutos de arresto ilegal). La Corte Suprema de Illinois validó la decisión del tribunal de instancia, al resolver que el uso de evidencia ilegalmente obtenida para fines de impugnación debía extenderse a impugnación de testigos de defensa, para evitar así el perjurio por delegación (“perjury by proxy”).

todos los testigos de la defensa probablemente evitaría que algunos acusados presentaran su mejor defensa -y en ocasiones cualquier defensa- a través del testimonio de otros”; y iv) “la propuesta de ampliación de la actual excepción de impugnación debilitaría considerablemente el efecto disuasivo de la regla de exclusión sobre la mala conducta policial”, en la medida que “esta expansión aumentaría enormemente el número de ocasiones en que tal evidencia podría utilizarse”.

1.18.2.6 Error inocuo (harmless error)

Si la aplicación de *exclusionary rule* implica en últimas la imposibilidad de valoración de un elemento de conocimiento determinado, sucede que no en pocas ocasiones la prueba es admitida y práctica en debida forma en el trámite procesal de primera instancia, ya sea por la omisión de las partes de alegar la exclusión en el momento procesal oportuno o la negativa del juez de instancia de aplicarla, presentándose una aparente contradicción: la prueba se produce procesalmente de manera correcta (se solicitó, decretó y practicó) pero el ordenamiento jurídico consagra la prohibición de valoración. Este problema jurídico, que le corresponde resolver a instancias judiciales superiores, admite al menos dos grandes hipótesis de solución: i) la nulidad de toda la actuación procesal de instancia, lo que implicaría realizar nuevamente la etapa de juzgamiento, o ii) la aplicación de la *exclusionary rule*, lo que como ya se dijo conlleva la prohibición de valorar la evidencia, correspondiéndole al juzgador evaluar si la evidencia restante es suficiente para fundamentar la condena.

En el marco del anterior escenario nació la llamada por el derecho estadounidense *harmless error exception*, según la cual: “cuando una prueba inadmisibles no ha sido debidamente excluida en primera instancia y se ha dictado sentencia condenatoria, no procederá la anulación de la sentencia por esa causa cuando ese defecto sea considerado por el Tribunal de Apelación irrelevante para el resultado final del caso” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 458). Se trata entonces de evaluar si al eliminar del acervo probatorio la evidencia ilícita aún existen suficientes elementos de conocimiento para concluir racionalmente la demostración de los hechos de la acusación; de llegarse a una respuesta positiva, la sentencia de primera instancia no se verá afectada.

El diccionario *Black's Law Dictionary* define el error inocuo como:

...la doctrina según la cual los errores menores o inocuos durante un juicio no requieren la anulación de la sentencia por el Tribunal de Apelación. Aquel error que es formal o

meramente académico y que no perjudicó a los derechos sustanciales de la parte que lo sufrió, ni en ningún modo afectó al resultado final del caso. *State v. Johnson*, 1 Wash. App. 533, 463 P.2d 205. Un error es «inocuo» si el Tribunal de Apelación, después de examinar todo el expediente, concluye que no afectó a los derechos sustanciales del acusado y que el error no influyó o tuvo sólo una muy ligera influencia en el veredicto. *United States v. McCrady*, C.A. Minnesota, 774 F2d 869, 874²²⁸.

Un caso paradigmático para evaluar las implicaciones prácticas de esta doctrina es *Chapman v. California*, resuelto 1967 por la Corte Suprema. En esta oportunidad la Corte se ocupó de estudiar en qué casos puede catalogarse un error como “inocuo” cuando está en juego un derecho constitucional, concluyendo que: “puede haber algunos errores constitucionales que, en el marco de un caso particular, son tan intrascendentes e insignificantes que pueden, de acuerdo con la Constitución Federal, ser considerados inocuos, sin requerir la reversión automática de la condena”²²⁹. Lo que se estudió en el caso *Chapman* (1967) fue la influencia que el fiscal y el juez hicieron sobre el jurado por el hecho de que los acusados decidieron guardar silencio en el juicio; según se dice en la sentencia, tanto uno como otro, lo que obviamente es más criticable en el juez, de forma continua y repetida, advirtieron al jurado que la prueba debía valorarse a favor de la acusación por el silencio deliberado de los procesados en el juicio oral. La Corte resolvió anular la sentencia condenatoria de instancia sobre la base de dos argumentos. El primer argumento se centra en el incumplimiento de la Fiscalía de la carga procesal de demostrar más allá de toda duda razonable que los comentarios del Fiscal y del Juez no afectaron la convicción del jurado. El segundo argumento, consecuencia lógica del primero, responde a la imposibilidad de asegurar más allá de toda duda razonable que el resultado de sentencia condenatoria no hubiese cambiado de suprimirse los comentarios sugestivos, esto por cuando si bien el caso gozaba de una gran cantidad de evidencia incriminatoria, “también era un caso en el que, a falta de los comentarios prohibidos constitucionalmente, un jurado imparcial podría haber presentado un veredicto no culpable”.

El precedente *Chapman* (1967), que como se vio amplía el margen cualitativo de aplicación de la doctrina del error inocuo no solo a errores legales sino ahora también a errores de

²²⁸ Cita tomada de Fidalgo Gallardo (2009, p. 459).

²²⁹ Traducción libre.

repercusiones constitucionales, conlleva una problemática sobre el alcance y límites del criterio *harmless error exception*. De aplicarse desde una perspectiva extensiva, podría afirmarse que siempre, sin importar el derecho constitucional afectado y la gravedad del acto, es viable aplicar este criterio; desde una perspectiva restringida, en algunos casos será aplicable y en otros no, atendiendo el derecho constitucional en juego y la gravedad del acto. La primera no tendría mayores inconvenientes pues su carácter absoluto no genera ningún problema interpretativo; la segunda, que es asumida por la Corte en *Chapman* –se dijo en la sentencia que: “hay algunos derechos constitucionales tan básicos para un juicio justo que su infracción nunca puede ser tratada de error inofensivo”²³⁰ –, y ratificada posteriormente, conlleva el problema, de no fácil solución, de la falta de criterios objetivos para delimitar la aplicación del error inocuo.

En *Chapman v. California* la Corte se limitó a mencionar, a título meramente ejemplificativo, algunos casos en donde por la importancia del derecho fundamental lesionado no era aplicable bajo ninguna circunstancia el error inocuo: confesiones forzadas, privación del derecho a la asistencia de un abogado y la denegación del derecho a un juez imparcial. En 1991, en *Arizona v. Fulminante*, la Corte “intentó establecer criterios orientadores, distinguiendo dos tipos de errores constitucionales teóricamente posibles en el ámbito de los derechos procesales constitucionales: errores procesales (*trial errors*), y errores estructurales (*structural errors*)” (Fidalgo Gallardo, 2003, p. 461).

Los errores procesales o de juicio responden a defectos en la obtención o producción de la prueba que aunque revisten vulneración de derechos constitucionales no afecta la validez de la actuación judicial, puesto que si pese a la supresión de la evidencia ilícita (imposibilidad de valoración) aún persisten elementos de conocimiento que permitan concluir más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del acusado la validez del proceso no es cuestionable. Este tipo de errores son susceptible de aplicación de la doctrina del error inocuo, por lo que si se acredita que el error no afecta de manera determinante la sentencia judicial no será susceptible de modificación alguna. Entre ejemplos de errores procesales o de juicio, tratados así por la Corte Suprema, se tiene pruebas obtenidas con violación de la Cuarta Enmienda (*Chambers v. Moroney*), declaraciones obtenidas en contra de la Quinta Enmienda (*Arizona v. Fulminante*), violación del derecho a la asistencia de abogado de la Sexta Enmienda (*Milton v. Wainwright*),

²³⁰ Traducción libre.

identificación en rueda de reconocimiento en violación de la Sexta Enmienda (*Moore v. Illinois*)²³¹.

Los errores estructurales, a diferencia de los anteriores, no son objeto de la doctrina del error inocuo, por lo que de presentarse ocasionaran, sin excepciones, la nulidad de la actuación procesal de juzgamiento de instancia, lo que por sustracción de materia implica la sentencia. Ante este tipo de errores se presenta una relación lógica condicionante respecto a la validez del proceso: de existir el error se anulará la actuación. La Corte los define como aquellos que afectan todo el mecanismo procesal, afectando el proceso judicial de principio a fin. Casos tratados por la Corte como errores estructurales²³²: la exclusión ilegal de los miembros de la raza del acusado de un gran jurado (*Vasquez v. Hillery*), el derecho a la auto-representación en el juicio (*Mckaskle v. Wiggins*), el derecho a un juicio público (*Waller v. Georgia*).

Visto el nacimiento y desarrollo de la doctrina del *harmless error exception*, así como señaladas sus principales características teóricas y prácticas, puede concluirse que no constituye una excepción a la regla de exclusión, tampoco un criterio que afecte su aplicación. Lo que realmente hace la teoría del error inocuo tiene repercusiones sobre los efectos colaterales que genera la aplicación de la *exclusionary rule*, especialmente cuando su aplicación se omite en primera instancia, puesto que el problema jurídico se presenta cuando el juez superior tiene el imperativo de excluir la prueba luego de haberse admitido y practicado en debida forma ante el juez de instancia.

La regla de exclusión es una institución jurídica procesal que recae sobre la prueba, no sobre el proceso. Sin embargo, excepcionalmente sus efectos repercuten no solo en actos de prueba sino en actos procesales de otra naturaleza, pudiendo incluso afectar el juzgamiento de principio a fin. Bajo ese entendido lo que pretende la doctrina del error inocuo es exceptuar los efectos colaterales de la *exclusionary rule*, pero no su aplicación sobre prueba y sus consecuentes efectos principales (prohibición de admisión y prohibición de valoración). Si el error es meramente procesal o de juicio, el juez superior deberá aplicar la exclusión sobre la evidencia ilícita sin afectar la sentencia de instancia cuando existan otros elementos de conocimiento que permitan soportar probatoriamente la condena. Si el error es estructural la consecuencia colateral deberá

²³¹ Casos mencionados en la obra de Fidalgo Gallardo (2003, p. 461).

²³² Casos tomados de la sentencia *Arizona v. Fulminante* (1991).

aplicarse, y en consecuencia anular toda la actuación procesal para que se rehaga. Tanto en uno como en otro caso se afectan derechos constitucionales, pero en el primero sólo en torno al procedimiento probatorio, en cambio en el segundo en torno a la actuación procesal en general.

Ahora bien, si se analiza con detenimientos los casos en donde la Corte Suprema ha aplicado la nulidad del proceso por presentar un error estructural la actuación procesal, ordenando en consecuencia rehacer el juicio, realmente estos defectos desbordan el procedimiento probatorio, lesionando derechos procesales no relacionados con la prueba sino con el proceso en general. Lógicamente con esta apreciación no se quiere negar la relación necesaria e inescindible entre prueba y proceso, pero si diferenciar una de otra: el proceso judicial es el escenario en donde se práctica la prueba, por tanto, el derecho procesal es el género y el derecho probatorio la especie. Por lo tanto, casos como la indebida constitución del gran jurado, la existencia de un juez parcializado, la asignación de un abogado defensor público con conflicto de intereses, pueden llegar a afectar el procedimiento probatorio, pero sólo en un nivel secundario; las circunstancias mencionadas lesionan de manera directa y frontal garantías procesales esenciales que tornan imperativa la nulidad de la actuación procesal, ya no por el régimen de la *exclusionary rule* sino por el régimen general de validez de la actuación procesal.

1.18.2.7 Titularidad del derecho infringido: legitimación (standing)

Si la regla de exclusión de prueba ilícita se entiende como un derecho subjetivo de categoría fundamental, es necesario dilucidar quién o quiénes son los titulares de este derecho, lo que permitiría definir la legitimación procesal para solicitar la exclusión de un elemento de conocimiento en un caso en concreto. La titularidad del derecho fundamental infringido es la base normativa para iniciar la discusión sobre este tema. Por lo tanto, se presenta una relación directa entre un asunto sustancial (titularidad del derecho infringido) y uno procesal (legitimación procesal): de la determinación del primero dependerá la fijación del segundo.

La discusión tiene como posibles soluciones al menos dos hipótesis claramente antagónicas: por un lado, una visión restringida, según la cual debe evaluarse el titular del derecho constitucional infringido con el acto de investigación o el acto de prueba, quién será, exclusivamente, el que pueda solicitar la exclusión de prueba y beneficiarse de sus efectos; otra sería lo que podría catalogarse como una visión amplia según la cual la valoración de prueba ilícita en una decisión de carácter jurídico generará siempre la infracción al derecho fundamental

al debido proceso, por lo que todo aquel que tenga la legitimación general para actuar dentro de un proceso determinado podrá verse beneficiado con las consecuencias de la exclusión probatoria. Como podrá advertir el lector, la elección entre una y otra hipótesis implica consecuencias directamente relacionadas con el ámbito de aplicación procesal de la regla de exclusión: ¿Qué tanta exclusión de prueba está dispuesto a soportar la eficacia del derecho penal? La visión restringida genera un reduccionismo de gran intensidad, puesto que al asignarle sólo al afectado la legitimación para solicitar la exclusión, o verse beneficiado con ella, la prueba obtenida ilícitamente puede utilizarse contra terceros, incluso en un mismo proceso. En la otra orilla, según la visión amplia, la prueba ilícitamente obtenida no pueda utilizarse en ningún proceso, lo que obviamente generaría una ampliación de la regla de exclusión, convirtiéndola en un derecho de titularidad colectiva.

El tema de la legitimación para solicitar la exclusión de prueba fue estudiado de manera detallada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en la sentencia *Alderman v. United States* de 1969²³³. Se trató de un caso en donde el cuerpo de policía obtuvo grabaciones de conversaciones por medio de la instalación de micrófonos ocultos en la casa de uno de los procesados. Pese a la evidente ilegalidad de la actuación de la policía, la Corte negó la solicitud de los abogados defensores con base en la tesis del *standing* o legitimación, según la cual únicamente la parte titular del derecho constitucional afectado con el acto ilícito está legitimada para solicitar la exclusión de la prueba; en palabras de la Corte: “El principio establecido es que la supresión del fruto de una violación de la Cuarta Enmienda puede ser solicitado con éxito solamente por aquellos cuyos derechos fueron violados por el registro mismo, no por aquellos que resultan afectados por la mera introducción de las pruebas incriminatorias” (traducción tomada de Fidalgo Gallardo, 2003, p. 202). Esta posición es defendida por profesores como Ernesto Chiesa Aponte (1995), quien sostiene que: “la intimidad y la protección contra registros irrazonables son derechos personales que deben ser invocados por el titular del derecho; esto incluye la regla de exclusión. No es buen derecho permitir al accidentalmente beneficiado con la regla de exclusión solicitar la supresión de evidencia con relación al registro o incautación ilegal que sufrió un tercero” (p. 204).

²³³ Anterior a esta sentencia, puede verse el caso *Jones v. United States* (1960). Posterior a la sentencia, casos como *Brown v. United States* (1973) y *Rakas v. Illinois* (1978) analizan el alcancen del *standing*.

La regla de la legitimación o *standing* como presupuesto formal de la exclusión de prueba se ha desarrollado en Estados Unidos especialmente alrededor de la Cuarta Enmienda, pero sus consecuencias son aplicables por analogía al ámbito de las Enmiendas Quinta, Sexta y Decimocuarta.

Una de las principales críticas contra el *standing* radica en los efectos colaterales que puede generar y su contrariedad con el fin disuasorio de la *exclusionary rule*²³⁴. Si la teleología de la exclusión de prueba relevante es disuadir a los agentes del Estado de realizar actos ilegales en el marco de una investigación criminal, el *standing* podría generar un aliciente para cometer este tipo de actos, teniendo como única precaución que la víctima del acto ilegal sea alguien diferente al procesado, pues siempre que así suceda este no podrá interponer moción de supresión de prueba (*motion to suppress*).

Ahora bien, tal como se mencionó anteriormente, la definición de la legitimación procesal para solicitar la exclusión de prueba depende directamente de la definición de la titularidad del derecho infringido, de ahí que en este punto exista una relación directa entre un aspecto procesal y un aspecto sustancial. *Rakas v. Illinois* (1978)²³⁵ es uno de los casos más importantes sobre este tema pues sentó la tesis de la expectativa legítima de intimidad, que ha sido reiterada en sentencias como *Salvucci v. United States* (1980)²³⁶ y *Olson v. Minnesota* (1990)²³⁷; con fundamento en el precedente *Katz v. United States* (1967) la Corte sostiene que la “la capacidad de reclamar la protección de la Cuarta Enmienda no depende de un derecho de propiedad en el lugar invadido, sino de si la persona que reclama la protección de la Enmienda tiene una expectativa legítima de la intimidad en el lugar (*legitimate expectation of privacy*)”²³⁸. Cuándo

²³⁴ En este sentido puede verse los trabajos de Dallin Oaks y Joshua Dressler, citados por Fidalgo Gallardo (2003, p. 398)

²³⁵ Los hechos del caso: A base de un informe de robo, la policía detuvo al vehículo sospechoso, mientras era conducido por el propietario y los acusados iban como pasajeros. La policía registró el carro y se ocupó un rifle con cañón recortado debajo del asiento del pasajero de en frente, y unas municiones en la gaveta.

²³⁶ A los acusados se les imputó posesión ilegal de cheques. Los cheques correspondientes fueron obtenidos por la policía en un registro, autorizado por orden judicial, de un apartamento alquilado por la madre de uno de los acusados.

²³⁷ Ernesto Chiesa Aponte (1993) al comentar esta sentencia menciona: “la Corte Suprema resolvió que un visitante que pernocta en una casa (“overnight guest”) tiene “standing” para impugnar su arresto en esa casa, sin previa orden judicial de registro ni de arresto; su condición de visitante que pasa la noche en esa casa, sin más, es suficiente para establecer la expectativa a la intimidad, criterio rector para invocar la protección de la Enmienda Cuarta” (p. 205).

²³⁸ Extracto de *Rakas v. Illinois* (1980), traducción libre.

se presenta violación a la expectativa legítima de intimidad es un tema que debe ser analizado teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto y el alcance de los derechos fundamentales en juego fijado por un ordenamiento jurídico individualmente considerado.

En Puerto Rico el *standing* no ha sido adoptado de manera pacífica. En la sentencia *Pueblo v. Rovira Ramos*, citada por Ernesto Chiesa Aponte (1993, p. 205), tres magistrados sostuvieron que el requisito procesal de la legitimación no era aplicable²³⁹ puesto que la regla de exclusión está expresamente establecida en el artículo 2 sección 10 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico²⁴⁰: “Evidencia obtenida en violación de esta sección será inadmisibles en los tribunales”. Esta posición ha sido fuertemente criticada por la doctrina puertorriqueña; entre otros, Chiesa Aponte (1993) sostiene sobre este debate:

Esto pasa totalmente por alto que la regla de exclusión es un derecho personal, sujeto a las normas usuales de acción legitimada (*standing*) para invocarlo. La presencia expresa de la regla de exclusión en nuestra Constitución significa que no queda a discreción del Tribunal Supremo resolver que el derecho a la protección contra registros e incautaciones irrazonables incluye el derecho a que se suprima la evidencia obtenida en violación a esa protección. Pero ese derecho de supresión es un derecho personal que debe ser invocado por su titular. Lo mismo vale decir con relación a cualquier otro derecho personal bajo la Carta de Derechos (p. 206).

En la actualidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico se ha inclinado hacia la tesis de la legitimación para solicitar la supresión de prueba; en sentencia *Pueblo v. Costas Elena y otro* del 31 de marzo de 2011, con fundamento en precedentes anteriores como *Pueblo v.*

²³⁹ Se sostiene en la opinión concurrente suscrita por tres magistrados en contra de la aplicación del *standing*: “si el Estado pretende relacionar a un acusado con determinado material delictivo y así privarlo de su libertad con motivo de ello, dicho ciudadano debe tener el derecho automático de cuestionar la legalidad de la forma o manera en que el Estado advino en posesión del referido material” (Sentencia *Pueblo v. Rovira Ramos*, 1990)

²⁴⁰ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Artículo 2, carta de derechos. Sección 10. Registro e incautaciones; interceptación de comunicaciones telefónicas, mandamientos. No se violará el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables.

No se interceptará la comunicación telefónica.

Sólo se expedirán mandamientos autorizando registros, allanamientos o arrestos por autoridad judicial, y ello únicamente cuando exista causa probable apoyada en juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar a registrarse, y las personas a detenerse o las cosas a ocuparse.

Evidencia obtenida en violación de esta sección será inadmisibles en los tribunales.

Ramos Santos, Pueblo v. Ortiz Rodríguez (1999) y *Pueblo v. Valenzuela Morel* (2003), se dijo: “concluimos que los peticionarios no cuentan con legitimación activa para solicitar la supresión de la evidencia obtenida de las cuentas bancarias corporativas, ya que carecen de una expectativa legítima de intimidad sobre dichas cuentas (...) En conclusión, el *standing* o la legitimación activa es un requisito esencial para que el acusado pueda solicitar la supresión de la evidencia por cualquiera de los fundamentos dispuestos en la Regla 234 de Procedimiento Criminal²⁴¹”.

1.18.2.8 Hallazgo casual

Este criterio tiene antecedentes directo en el Derecho Procesal Penal Alemania (parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana, StPO) e italiano (arts. 270 y 389 del Código Procesal Penal), sin embargo ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia española. El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, mediante sentencia número 1313/2000 de fecha 21 de julio, con ponencia del magistrado Enrique Bacigalupo Zapater, resolvió no aplicar la teoría de la prueba ilegítima bajo el criterio de hallazgo casual. Los casos en donde surge la necesidad de aplicar este criterio residen en frecuente problema del hallazgo de evidencia que desborda el objeto de un acto de investigación determinado: se ordene un registro y allanamiento en un caso de estupefacientes, y se encuentran armas de fuego o pornografía infantil al realizarlo; se ordena interceptación telefónica para investigar corrupción en entidades públicas, y las grabaciones sirven para acreditar hechos de tráfico de drogas.

Antes de la sentencia del 2000 no existía una posición uniforme en la jurisprudencia de las Altas Cortes españolas. Tal como resaltan los profesores Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato (2012), la tesis inicial fue la nulidad de los elementos hallados bajo el

²⁴¹ Puerto Rico. Regla 234 de Procedimiento Criminal. Allanamiento; moción de supresión de evidencia. La persona agraviada por un allanamiento o registro ilegal podrá solicitar del tribunal. la supresión de cualquier evidencia obtenida en virtud de tal allanamiento o registro, o la devolución de la propiedad, por cualquiera de los siguientes fundamentos:

- (a) Que la propiedad fue ilegalmente ocupada sin orden de allanamiento o registro.
- (b) Que la orden de allanamiento o registro es insuficiente de su propia faz.
- (c) Que la propiedad ocupada o la persona o sitio registrado no corresponde a la descripción hecha en la orden de allanamiento o registro.
- (d) Que no había causa probable para creer en la existencia de los fundamentos en que se basó la orden de allanamiento o registro.
- (e) Que la orden de allanamiento fue librada o cumplimentada ilegalmente.
- (f) Que es insuficiente cualquier declaración jurada que sirvió de base a la expedición de la orden de allanamiento porque lo afirmado bajo juramento en la declaración es falso, total o parcialmente.

argumento que el mandato judicial sólo habilitaba para el descubrimiento de un determinado delito. Luego se sostuvo la validez de las pruebas halladas en el entendido que al obrar decisión judicial que autorice el acto de investigación no se lesiona arbitrariamente ningún derecho, pero con matizaciones como que el juez debe evaluar la conexidad de los elementos de prueba con la orden judicial.

El problema jurídico del caso 1313/2000 versa sobre la legalidad de interceptaciones telefónicas a la luz del artículo 18.3 de la Constitución Española²⁴². La Defensa alegó en el recurso tres argumentos: i) carencia de motivación necesaria y suficiente del auto que ordenó inicialmente la interceptación telefónica, así como los 5 autos de prórroga; ii) falta de proporcionalidad, pues los hechos podrían haberse descubierto mediante el empleo de otros medios menos gravosos; y iii) el hecho de que la verdadera razón de las intervenciones del teléfono fueron los datos obtenidos en otras diligencias previas de interceptación de teléfono. Sobre este último argumento el Tribunal consideró:

“la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. (...). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa”

El criterio de hallazgo casual fue desarrollado con mayor claridad en el auto número 1495 del Tribunal Supremo de fecha 12 de junio de 2003. El argumento del recurrente se centró en advertir que en la medida que el registro y allanamiento había sido autorizado en el marco de la investigación por un delito de estafa, y no en contra de la salud pública, debía declararse nula la evidencia hallada que no tuviese relación con el delito objeto de investigación. El Tribunal Supremo consideró que el hecho que: “aparezcan en una diligencia de entrada y registro efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas de las investigadas, no supone que queden desamparados los derechos de los afectados, pues la decisión judicial cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio”; con fundamento en este argumento aclaró la naturaleza del criterio examina para luego abordar el estudio del caso en concreto:

²⁴² Constitución Política de España. Artículo 18.3. “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

El problema de los hallazgos casuales, como a menudo sucede, consiste en que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, armas, facturas o dinero falso. En dicha situación, la jurisprudencia ofrece distintas soluciones. Así, la Sentencia de 4 de octubre de 1996 admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición”. (STS de 4 de marzo de 2003).

Como lo hemos sostenido en otros precedentes, aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencia procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate. (STS de 18 de febrero de 2002).

C) Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional: el hallazgo de la droga en el pantalón de la acusada, en el curso de la diligencia de entrada y registro, es un hallazgo que, aunque se conceptuase como no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguna nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del Secretario Judicial, que fedataba la diligencia, y la detenida fue interrogada judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien.

Como se observa de la motivación de la providencia en cita, la flagrancia es uno de los principales argumentos que llevaron al Tribunal Supremo para adoptar una posición que aun hoy se reitera sin mayores modificaciones en la jurisprudencia española. La flagrancia, que se presenta al percatarse de la existencia de un objeto o conducta de naturaleza delictual, habilita a los policías a realizar actividades tendientes a la obtención de evidencia y eventual captura de quien es sorprendido en la comisión de una conducta punible. De tal suerte, teniendo en cuenta los deberes de los policías ante una situación de flagrancia y la existencia de la orden judicial que

habilita la realización del acto de investigación, el Tribunal Supremo cambió su postura inicial y adoptó lo que se conoce como el criterio de hallazgo casual, entendido como una circunstancia que imposibilita la aplicación de la regla de exclusión por no existir, siguiendo la doctrina²⁴³ y la jurisprudencia española, conexión de antijuridicidad alguna. También es posición reiterada en las mencionadas fuentes del derecho afirmar que el hallazgo causal es realmente una modalidad de descubrimiento inevitable conforme el marco teórico conceptual del derecho estadounidense.

Este criterio, también llamado descubrimientos ocasionales o casuales, ha sido reiterado de manera pacífica con algunas variaciones naturaleza por el paso del tiempo en la jurisprudencia española. En un caso reciente (STC 441/2017), el Tribunal Supremo estudió esta figura de cara al llamado principio de especialidad en interceptaciones telefónicas. Este principio exige que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas éste siempre relacionada con la investigación de un delito concreto cuyos elementos ya se dibujan, al menos, en el pleno indiciario que permite el estado incipiente del proceso: “el principio de especialidad impone la prohibición de intervenciones prospectivas, mediante las que los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objeto de indagar qué es lo que encuentran”. El Tribunal, con fundamento en el precedente STS 669/2008 distinguió dos hipótesis: i) hechos nuevos conexos y ii) hechos nuevos inconexos. La consecuencia procesal varía según se trate de una u otra:

1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto posteriormente de prueba.

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes de acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "*notitia criminis*" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso (STS 669/2008).

En la doctrina colombiana no es frecuente ver estudios sobre este criterio. La obra de Francisco Farfán Molina (2014) es una excepción a esta regla general; según este profesor, “Los hallazgos casuales surgen cuando en desarrollo de la intervención legalmente decretada por

²⁴³ Entre otros, Gómez Colomer (2008) y Planchadell Gargallo (2010).

funcionario judicial competente, y con un objetivo preciso, se descubre evidencia de otro acontecer delictivo, que puede o no guardar conexidad con el delito o falta disciplinaria que se investiga” (p. 329).

1.18.2.9 Conexión de antijuridicidad

La aplicación de la consecuencia jurídico-procesal de exclusión sobre evidencia relevante para la resolución de un caso judicial es tal vez el tema de mayor debate entre las dos escuelas de pensamiento jurídico procesal penal: el garantismo versus el eficientismo. Ningún otro tema, al menos no con igual intensidad, pone en jaque los pilares que fundamentan cada una de las escuelas. El discurso del eficientismo se basa en la necesidad de perseguir, juzgar y condenar a quienes cometen una conducta punible; el garantismo no niega la importancia del objetivo político criminal del eficientismo, pero advierte que en el marco de una investigación o juzgamiento no se podrá lesionar derechos fundamentales bajo el pretexto de perseguir al delincuente. Según esta última corriente de pensamiento, los derechos fundamentales deben erigirse como una barrera de contención infranqueable para el desarrollo del *ius puniendi*. La regla de exclusión es realmente una conquista del garantismo procesal penal, y una derrota a quienes propugna por un sistema judicial más eficientista.

Pero por más que el discurso eficientista sea hoy en día tachado como políticamente incorrecto, es innegable los altos costos sociales de la regla de exclusión: la prueba excluida ocasiona decisiones judiciales alejadas de la verdad, resueltas la mayor de las veces con normas de cierre jurídicas (reglas de juicio de la carga de la prueba y presunción de inocencia). Lo grave es que paralelo a la decisión judicial la sociedad en general y la víctima en particular ven como la justicia absuelve a quien conforme los elementos de conocimiento debe ser condenado, generando una erosión social de no baja intensidad, pues el Estado al privar a las particulares de la justicia a mano propio se compromete a emitir decisiones justas, y como sostiene la escuela del derecho probatorio racionalista (Taruffo, 2010), no hay decisión más injusta que la decisión a espaldas de la verdad de los hechos.

Precisamente ante el anterior panorama, el esfuerzo en los últimos años de la jurisprudencia y la doctrina ha estado en encontrar un punto intermedio entre los dos extremos aparentemente irreconciliables: criterios ya vistos como el descubrimiento inevitable, fuente independiente,

vínculo atenuado, están encaminados en ese sentido, al igual que la conexión de la antijuridicidad.

El origen de la teoría de conexión de la antijuridicidad se remonta a los primeros pasos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia número 81 de 1998, en la cual la máxima autoridad constitucional de la justicia española estudió la aplicación de “la nulidad de la eficacia probatoria” de prueba derivada o refleja. El problema jurídico del caso consistió en evaluar “si los elementos de prueba en los que el órgano judicial basó su convicción acerca de la culpabilidad del recurrente, en relación con el delito contra la salud pública del que se le acusaba, pueden ser tenidos en cuenta por ser jurídicamente de la intervención telefónica declarada contraria al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) pese a hallarse causalmente conectados con ella”. El Tribunal inicia su argumentación sobre este tópico bajo las siguientes premisas: i) la prueba sólo puede ser objeto de la consecuencia de prohibición de valoración judicial en virtud de su origen inconstitucional; ii) por lo tanto, “si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible”; iii) existen casos en donde pese a que las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental no procede la aplicación de la prohibición de valoración inmersa tácitamente en el 24.2 de la Constitución Española. Esta última premisa se fundamentó en la tesis según la cual ningún derecho fundamental es ilimitado o absoluto.

Bajo los anteriores razonamientos el Tribunal advierte que para aplicar la prohibición de valoración en un caso en concreto sobre prueba derivada es necesario evaluar “la ratio de la interdicción de la valoración de pruebas obtenidas”. En este contexto nace la expresión “conexión de antijuridicidad”, al considerar que las llamadas pruebas reflejas requieren para su prohibición de valoración que estén: (...) vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, 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**). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio

de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones” (negrilla fuera del texto).

Respecto de la naturaleza de este juicio, ha dicho el Tribunal Supremo que “la conexión entre unas y otras pruebas no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada” (STS 441/2017).

Más allá de la nueva expresión llamativa en el lenguaje jurídico relativo a la aplicación de la regla de exclusión, o prohibición de valoración probatoria si se sigue estrictamente las expresiones del Tribunal Constitucional, que en todo caso para este trabajo son equiparables, la cuestión es cuando se presenta el fenómeno negativo, lo que lógicamente habría de llamarse la desconexión de la antijuridicidad. Bajo esta necesidad ineludible para asegurar, al menos en la mayor medida posible, la aplicación uniforme del Derecho se establece en la sentencia el siguiente derrotero:

i) Se debe analizar la “índole” y las características de la vulneración del derecho del derecho fundamental materializadas en la obtención de la prueba directa u originaria (en el caso en concreto se trató del secreto de las comunicaciones). Con este estudio se busca determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla. En este criterio ha de analizarse cuál de las garantías del derecho fundamental en juego se ha visto comprometida con el acto ilícito

ii) Desde una perspectiva externa, debe evaluarse, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental en juego exige. Al estudiar la aplicación de la prohibición de valoración desde esta óptica del derecho fundamento en juego en el caso afirmó el Alto Tribunal que:

El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a

partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 C.E. no significa, de algún modo, *incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas* y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad (cursiva fuera del texto).

Luego de efectuar los anteriores razonamientos abstractos sobre los criterios para evaluar la conexión de antijuridicidad, la providencia procede a estudiar desde la perspectiva externa las particularidades del caso en concreto. El primer argumento para concluir que no se debía aplicar la prohibición de valoración en el caso en concreto se centró en la falta de hechos probados para poder “inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminado a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones”. Este tipo de afirmaciones significa, a no dudarla, la evaluación de criterios netamente subjetivos (juicio de imputación subjetiva: dolo o culpa) como presupuesto necesario para la aplicación de regla de exclusión. Más adelante, ratifica esta idea al afirmar: “Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. El dato al que se refiere el Tribunal es la exigencia de datos objetivos expresos para la resolución de interceptaciones telefónicas, tesis que “no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales”. El otro argumento que tuvo en cuenta el Tribunal para concluir la no aplicación de la prohibición de valoración probatoria fue “la entidad objetiva de la vulneración cometida”, que en el caso en concreto hizo considerar a la Corte que no resultaba necesaria para la efectividad del derecho, pues no se está

“ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni (...) ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental”.

Dos comentarios sobre lo hasta ahora expuesto en torno a la sentencia STC 81/1998. Primero: esta providencia adopta, sin decirlo expresamente, la finalidad del *deterrent effect* fijado por la

jurisprudencia norteamericana a la *exclusionary rule*²⁴⁴, lo que significa evaluar aspectos cognitivos y volitivos de las personas inmersas en la comisión del acto ilícito que fue base para la obtención de prueba; dicho con otras palabras, se trata, como ya se dijo, de fijar como presupuesto un régimen subjetivo para la aplicación de la regla de exclusión, basado en cierta medida en el principio de culpabilidad aplicable al régimen sancionatorio. Dos: evaluar “la entidad objetiva de la vulneración cometida” implica hacer un juicio subjetivo-valorativo sobre la gravedad del acto ilícito, lo que genera cierto margen de discrecionalidad en la judicatura para la aplicación de la consecuencia procesal de prohibición de valoración probatoria.

Pese al esfuerzo argumentativo del Tribunal Constitucional para fijar criterios que delimiten el alcance de la teoría de la conexión de la antijuridicidad, lo cierto es que sus criterios de análisis no son propiamente objetivos, sino que, como se vio, implican valoraciones, e incluso análisis de aspectos subjetivos, por lo que en la práctica, como lo denuncia Manuel Miranda Estrampes (2004), debido a sus términos vagos e imprecisos: “los tribunales de instancia gozan de un excesivo espacio de discrecionalidad a los efectos de constatar y apreciar la existencia de conexión de antijuridicidad entre prueba ilícita y prueba derivada” (p. 133)²⁴⁵. Otras críticas que ha recibido esta teoría por parte de la doctrina española, señaladas por los profesores José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martínez Morales, son las siguientes: i) en la práctica genera la erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (2002), o régimen de prueba derivada o refleja; ii) pérdida de la naturaleza de garantía constitucional de la regla de exclusión; iii) la relativización de los derechos fundamentales, v) los dudosos criterios para fijar la independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado; v)

²⁴⁴ En ese sentido se pronuncia Manuel Miranda Estrampes (2004), quien afirma que: “La teoría de la conexión de antijuridicidad reformula el fundamento de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, acercándose a los pronunciamientos de la jurisprudencia norteamericana contenidos, por ejemplo en los mencionados casos US v. CALANDRA, 441 U.S. 338 (1974) y US v. JANIS, 428 U.S. 433 (1976), situando el *deterrent effect* en el núcleo central de la justificación aplicativa de la regla de exclusión”(p. 131); también Juan-Luis Gómez Colomer (2008)

²⁴⁵ En igual línea argumentativa, puede verse Juan Luis Gómez Colomer (2008) quien sostiene que la teoría de conexión de antijuridicidad puede “significar también una ampliación desmesurada de las excepciones, pues dados los términos en los que ha sido formulada, las posibilidades de hallar casos en los que se no existan las conexiones de antijuridicidad exigidas son teóricamente muchas” (p. 172).

el activismo judicial del Tribunal Constitucional para fijar el alcance de los derechos fundamentales²⁴⁶.

Pese a las múltiples críticas negativas que ha suscitado en la comunidad académica, la teoría de conexión de la antijuridicidad se mantiene vigente en la jurisprudencia española, tanto constitucional²⁴⁷ como ordinaria²⁴⁸, aunque con ciertas matizaciones. Conscientes de que la “conexión de antijuridicidad” sin derroteros claros puede ocasionar en la praxis judicial la falta de aplicación de la prohibición de valoración probatoria, la Altas Cortes han alertado los peligros de esta teoría, considerando que: “(...) es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad” pues con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 LOPJ” (STS 5612/2010).

En definitiva, siguiendo los estudios de Manuel Miranda Estrampes (2003) y Teresa Armenta Deu (2012), la teoría de la conexión de antijuridicidad debe entenderse como un requisito adicional para el reconocimiento de la eficacia refleja de la regla de exclusión, según la cual ya no es suficiente la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que se exige además la existencia de una conexión jurídica cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el Tribunal Constitucional denomina, respectivamente, perspectiva interna y externa).

Los casos típicos –entiendase aceptados y reiterados– en donde la jurisprudencia ha considerado que se presenta una desconexión de la antijuridicidad son: i) actuación en buena fe de los agentes públicos, es decir, con la convicción de respetar la legalidad y los derechos del

²⁴⁶ Juan Luis Gómez Colomer (2008): “Puede significar también una ampliación desmesurada de las excepciones, pues dados los términos en los que ha sido formulada, las posibilidades de hallar casos en los que se no existan las conexiones de antijuridicidad exigidas son teóricamente muchas” (p. 172). Manuel Miranda Estrampes (2004): “(...) no actúa como una única excepción al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita, al modo de las excepciones creadas por la jurisprudencia norteamericana, sino dados los términos excesivamente vagos e imprecisos en que ha sido formulada posibilita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal de las más varias excepciones” (p. 133). Andrea Planchadell Gargallo (2010): “(...) ha llevado en la práctica a la *quasi* desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal” (p. 108).

²⁴⁷ España. Tribunal Constitucional. SSTC 81/98, 48/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001, 197/2009.

²⁴⁸ España. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. SSTS 2210/2001, STS 161/99, STS 498/2009, 1048/04

imputado; ii) el criterio de fuente independiente, por cuando no existe una vinculación directa entre el acto de investigación ilícita y el elemento de conocimiento; iii) el criterio de descubrimiento inevitable; iv) la confesión voluntaria del proceso, que como se verá constituye realmente un caso de fuente independiente; en palabras del Tribunal Supremo, “La significación de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas indirectamente es más complicado, y ha de ser referido a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuridicidad, es decir que no concurren supuestos de desconexión como el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros” (STS 441/2017).

1.18.2.10 Confesión voluntaria del imputado

Este criterio nació en el marco de la teoría de la conexión de la antijuridicidad; el Tribunal Constitucional de España en la sentencia STC 161/1999 es considerada como su origen. Este primer caso versa sobre los siguientes hechos: se practicó un registro con autorización judicial sobre un bien inmueble hallándose e incautándose en debida forma estupefacientes; en el proceso penal se discutió la legalidad de la actuación argumentándose la falta de motivación de la orden judicial; sin embargo, pese a considerarse que efectivamente era ilegal el registro, la decisión concluyó que no se veía afectada la presunción de inocencia por cuanto se habían practicado pruebas diferentes a las obtenidas producto del registro ilegal, especialmente la confesión del procesado.

La providencia STC 161 de 1999 se ocupó de resolver una petición de amparo presentado por el procesado contra una sentencia de carácter condenatorio del Tribunal Supremo. Básicamente el recurrente argumentó que su declaración admitiendo parcialmente los hechos que han dado lugar a su condena está íntimamente relacionado con la previo violación de su domicilio mediante el registro ilegal, “para justificarlo utiliza un razonamiento puramente causal: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga, de no haberse hallado la droga no se le habría detenido, ni se le habría tomado declaración, si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga”. El Tribunal Constitucional consideró que “este razonamiento es insuficiente en términos jurídicos”. Además de recordar la teoría de la conexión de la antijuridicidad, tres fueron los argumentos de los que se valió el Tribunal para tomar la decisión:

a. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable está consagrado en el ordenamiento jurídico expresamente, “ambas garantías constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y, por ello, el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena”.

b. La libre decisión del procesado de declarar sobre los hechos de la acusación rompe cualquier vínculo jurídico con el inicial acto ilícito (esto hace parte de lo que la jurisprudencia española denomina la perspectiva interna de la conexión de la antijuridicidad). Esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración del procesado, “atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarán su exclusión probatoria” (perspectiva externa de conexión de antijuridicidad).

c. En el caso en concreto la confesión dada por el procesado se efectuó con plena validez, pues respondió únicamente a su voluntad, “no responde a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación”.

Estos tres argumentos llevaron al Tribunal Constitucional a concluir: “Por todas estas consideraciones, debemos declarar razonable y justificada la decisión del Tribunal Supremo que consideró la declaración del acusado como prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y por ello prueba válida, por haber sido obtenida con todas las garantías, para fundamentar su decisión de condena, lo que conduce a rechazar la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia”.

1.18.2.11 Evidencia ilícita aportada por particular

En Estados Unidos la *exclusionary rule* opera exclusivamente cuando quien obtuvo o produjo el elemento de conocimiento violando los derechos fundamentales sea un *government official* (funcionario del gobierno), término que hace referencia a los agentes que integran los cuerpos y fuerzas de seguridad adscritas al poder ejecutivo. Por lo tanto, en el régimen probatorio de Estados Unidos la evidencia obtenida por particulares no es susceptible de cláusula de exclusión.

Según explica el profesor Fidalgo Gallardo (2003), lo anterior se debe a que: “un particular simplemente no puede violar las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución federal, las cuales no contienen mandato alguno a él dirigido, con lo que sus actos no

pueden nunca poner en funcionamiento la regla de exclusión por falta del presupuesto sustantivo” (p.382). Además de la inoponibilidad de los derechos constitucionales a los particulares que establecen garantías en el marco del enjuiciamiento criminal, otro argumento que apoya esta tesis en la finalidad de la regla de exclusión. Sin desconocer algunas posiciones primigenias en otro sentido, la regla de exclusión en Estados Unidos se ha construido sobre la base de la finalidad del efecto disuasivo de conductas policiales inapropiadas (*deterrence of police misconduct*), por lo que la exclusión de evidencia por la conducta inapropiada de un particular carecería de sentido. Es importante resaltar que esta posición que parece en principio tan polémica desde la perspectiva de la familia jurídica continental ha sido aceptada prácticamente de manera unánime por la doctrina y jurisprudencia estadounidense.

Esta idea constituye la regla general en Estados Unidos. La Corte Suprema de Justicia ha avalado la aplicación de *exclusionary rule* en algunos casos donde el sujeto activo del acto ilícito no es propiamente un *government official*: i) registros realizados por empleados públicos sobre sus subordinados; ii) registros realizados por directivos de escuelas públicas sobre estudiantes; iii) registros realizados por bomberos; iv) registros realizados por inspectores de ordenanzas administrativas. También la Corte ha advertido que de observarse que el particular ha sido utilizado como un instrumento por agentes del orden público para obtener evidencia de manera ilícita procederá la aplicación de la regla de exclusión. Sobre este tema, consúltese la obra de Fidalgo Gallardo (2003).

1.18.2.12 Evidencia ilícita a favor del procesado

Este criterio se edifica sobre la base de la distribución de errores de la sentencia que resuelve la responsabilidad penal de una persona. La decisión judicial, como todo acto humano, es falible, pero entre el error de absolver al culpable y el de condenar a un inocente, el segundo es de mayor gravedad de cara a los derechos fundamentales en juego. Por lo tanto, los sistemas jurídicos procesales contemporáneos en materia penal deben construirse sobre la base de evitar la condena errada de un inocente. Entre las múltiples instituciones jurídicas que pueden pensarse para ello (presunción de inocencia, estándar probatorio *beyond reasonable doubt*, reglas de la carga de la prueba, prohibición de apelación contra la sentencia absolutoria), la admisibilidad de evidencia ilícita a favor del procesado sería una de ellas. Se muestra a favor de este criterio Manuel Miranda Estrampes (2004), quien sostiene que debería reconocerse a la prueba ilícita una

eficacia *in bonam partem* (p. 107). En esta misma línea de pensamiento se inscribe Fabricio Guariglia (2005), quien además del argumento de la disminución del riesgo de la condena a un inocente sostiene que las normas de protección del imputado no lo pueden poner en una peor posición que en la que estaría si la lesión no hubiera ocurrido, “ya que de otra manera estas formas protectoras operarían como *boomerang* y se volverían contra su supuesto objeto de protección”²⁴⁹; en otras palabras, si los derechos fundamentales están diseñados para proteger al procesado de la arbitrariedad de las autoridades estatales, estos no pueden utilizarse para perjudicar la situación del proceso, como ocurriría si se le impide aportar prueba relevante a su favor. También se muestra a favor de este criterio Maximiliano Hairabedián (2016)

Es importante resaltar la eficacia limitada en estos casos; tal como afirma Sebastián Midón (2005), cuando se presente el fenómeno de admisión de prueba ilícita a favor del procesado “debe otorgarse una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpaado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso” (p. 199).

No obstante, un sector de la doctrina considera que este criterio tiene una restricción (Miranda Estrampes, 2003). Bajo el principio general del derecho según el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), la admisibilidad probatoria *in bonam partem* no sería aplicable cuando sea el procesado el causante del acto ilícito para la obtención de evidencia. Se muestra en contra de esta restricción Claudio Correa (2016), quien sostiene que en estos casos debe aplicarse la ponderación como metodología para solucionar la tensión entre los principios constitucionales en juego, ya que: “será socialmente más relevante incluir una prueba que aporta hacia una verdad exculpatoria, aunque sea ilícita, que preservar el carácter inmaculado del proceso a costa de tolerar la condena sin razón de un sujeto” (p. 137).

I.18.3 Juicio de constitucionalidad: análisis de la aplicabilidad de los insumos foráneos en el Derecho colombiano

I.18.3.1 Buena fe (good faith)

La aceptación de este criterio conlleva necesariamente el establecimiento de un régimen subjetivo: el dolo y la culpa se convierten en presupuestos subjetivos para la aplicación de la

²⁴⁹ Este argumento es tomado por autores como Fernando Poviña (2013, p. 179).

regla de exclusión de prueba ilícita. Según esta concepción, se dirá que el acto humano es ontológicamente final, por lo que, siguiendo las enseñanzas del profesor Hans Welsel (2011), el primer presupuesto (acto antijurídico) requiere para su configuración, además de evaluar el carácter contrario a las normas jurídicas, de una modalidad subjetiva de comisión.

Un ejemplo permite vislumbrar la importancia de lo que está en juego con la aplicación de este criterio en el derecho colombiano. Se emite una orden de registro y allanamiento con el lleno de las formalidades legales en el marco de una indagación por el delito de tráfico de estupefacientes. La orden establece clara y detalladamente el objeto material del acto de investigación. Por prácticas sociales ajenas a las entidades del Estado, la identificación de los bienes inmuebles (nomenclatura) estaba alterada. Los policías judiciales proceden a realizar el registro y allanamiento con la confianza legítima que da la identificación visible del bien inmueble. A la postre, se acredita que realmente ese no era el bien sujeto a registro establecido en la orden, sino uno colindante a él. Se encuentra material pornográfico infantil ¿La evidencia es susceptible de la regla de exclusión? Si aplicamos el criterio de buena fe la respuesta es negativa.

Antes de proceder a estudiar la posición de la jurisprudencia y la doctrina nacional, debe resaltarse que tal como se aplica la buena fe en el país productor de esta figura (EE.UU) es abiertamente incompatible con el derecho colombiano. El compromiso con la protección de los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal no es sólo de los policías judiciales. Por lo tanto, el hecho de que un acto antijurídico en el marco de una investigación es cometido por un miembro del Estado diferente al cuerpo de policía investigador, o por un particular, en nada afecta la aplicación de la regla de exclusión. En ese sentido, el caso planteado por el profesor Jesús Eduardo Lizcano Bejarano (2015) no genera mayores discusiones²⁵⁰: el hecho de que un fiscal ordene de manera arbitraria un allanamiento y registro genera necesariamente la aplicación de la regla de exclusión en el contexto colombiano; sin embargo, este caso no permite concluir indefectiblemente su incompatibilidad.

²⁵⁰ El caso planteado por el profesor es el siguiente: “Podría ocurrir, por ejemplo, que un fiscal dispusiera arbitrariamente el allanamiento y registro de un inmueble y que la policía materializara la orden. Aplicando esta teoría, los resultados probatorios de la diligencia serían válidos, dado que la policía actuó con el convencimiento de que la orden era completamente lícita” (pp. 99-100).

Tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal²⁵¹, como la Corte Constitucional²⁵², han reconocido la existencia del criterio de buena fe (*good faith*), aunque sólo en sede de *obiter dicta*. En la sentencia SP-10303 (2014), la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria afirmó que este criterio es “Predicable de los agentes estatales que recaudan la prueba derivada e involucra el factor eminentemente subjetivo de quienes actúan con la convicción de no hacerlo con dolo o culpa”.

A nivel de doctrina nacional el tema no suele ser tratado, aunque existe algunas excepciones. Se muestran en contra de la aplicación de la buena fe Lizcano Bejarano (2015)²⁵³, Rodríguez Choconta (2014)²⁵⁴ y Arumburo Calle (2010), quien luego de tildarla como “quizá la más peligrosa de todas las desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana” (p. 47), erige su posición en el hecho de que el Congreso la hubiese eliminado del proyecto de código procesal penal, considerando que “el legislador colombiano mantuvo firme el timón de la coherencia y racionalidad legislativa” (p.47).

No obstante, si bien es indiscutible el hecho de que el Congreso (2003) resolvió eliminar este criterio al considerar que la buena fe podría “dar al traste con la aplicación de la cláusula de exclusión (...), pues podría llegarse a la situación no lejana de que las actuaciones que tengan visos de irregularidad sean tenidas como de buena fe” (Gaceta 564), de este argumento no se extrae necesariamente su invalidez. La falta de positivización de este criterio no fue impedimento para su nacimiento en el país de origen (EE.UU.) ni para su recepción en países como España: tal como se mencionó al inicio, la prueba ilícita y su exclusión han sido figuras de origen y desarrollo predominantemente jurisprudencial, lo que hace gala de la tesis según la cual el derecho es realmente *iurisdictio*. En ese sentido, puede verse la posición del magistrado Yesid Ramírez Bastidas: “Aun cuando esa propuesta normativa fue excluida por el Congreso de la República en el proyecto que finalmente se convirtió en la Ley 906 de 2004, ningún obstáculo se

²⁵¹ Por citar algunos ejemplos, sentencias SP 8473-2014, r. 37.261; SP 10303-2014, r. 43.691

²⁵² En la SU-159 de 2002 la Corte al estudiar las diferencias entre el régimen de exclusión de prueba en Estados Unidos y Alemania analiza el criterio de buena fe, dejando abierta la posibilidad de su aplicación en Colombia.

²⁵³ Afirma el autor: “Es claro entonces que esta forma de matizar la prueba ilícita no es de recibo en el proceso penal colombiano, porque así lo quiso el legislador al no incluirla dentro del listado del artículo 455 de la Ley 906 de 2004” (p.100).

²⁵⁴ Sobre el tema señala: “Esta doctrina no tiene cabida en nuestro medio, pues se trata de un derecho legislado, del que se defiende su integridad y no se trata de enviarle mensajes disuasorios a los agentes investigadores sino en el estricto cumplimiento de mandatos constitucionales y legales (...)” (p. 393).

presenta para que los jueces la pueden aplicar en virtud de la presunción de buena fe a que alude el artículo 83 de la Carta Política que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que estos adelanten” (CSJ, adición de voto sentencia 23.327, 2006).

El nacimiento y desarrollo de este criterio en Estados Unidos se dio en el marco de la finalidad disuasoria de la *exclusionary rule*, según la cual se busca mitigar las prácticas de actos de investigación ilegales por parte de los agentes del cuerpo de policía. Esta tesis restringida de la finalidad de regla de exclusión, y en general el criterio de buena fe, ha sido “considerada como una muestra evidente del desapego de la Corte Suprema a partir de los años ochenta hacia la misma regla de exclusión, y como uno de los más importantes recortes de la aplicabilidad de la regla después del período de crecimiento acelerado de los años sesenta y el período de transición de los sesenta” (Gallardo, 2003, pp.445-446).

A nivel de doctrina foránea, Manuel Miranda Estrampes (2004) afirma que la buena fe no es compatible con el Derecho de España, pues “El fundamento constitucional de la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales impide admitir dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico pues a diferencia de la *exclusionary rule* norteamericana no se trata de un simple remedio procesal encaminado a evitar conductas policiales ilícitas o contrarias a los derechos fundamentales” (p. 106); Teresa Armenda Deu (2011) advierte que su aceptación “echa por tierra el efecto disuasorio de la regla de exclusión” (p. 123); Marien Aguilera Morales (2008) afirma que es incompatible con un ordenamiento jurídico como el español, pues su aplicación: “supone circunscribir las necesidades esenciales de tutela de los derechos fundamentales al tan traído y llevado *deterrent effect*” (p. 105); Fernando Poviña (2013) afirma que el carácter de prueba ilícita se genera con “prescindencia de la buena o mala fe del funcionario de la policía que practicó incorrectamente un determinado procedimiento, pues tal carácter se vincula con el hecho de que esté o no acorde con el ordenamiento jurídico” (p. 168); Maximiliano Hairabedián (2016) se muestra en contra de este criterio, pero sostiene que “en los casos que no exista ninguna duda sobre la buena intención del funcionario actuante, puede ser aceptada” (p. 246).

¿Es aplicable el criterio de buena fe en Colombia? La respuesta dependerá en gran medida de la finalidad que se le asigne a la regla de exclusión de prueba ilícita; la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia y la Corte Constitucional le ha asignado cinco funciones: i) función disuasiva, ii) función protectora de la integridad del sistema judicial, iii) función de garantía a la legalidad, iv) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba y v) función reparadora de la arbitrariedad cometida. Como ya se dijo, la buena fe nació en el marco del *deterrent effect*, lo que torna coherente su reconocimiento, pues quien actúa bajo convicción errada no refleja con el acto su intención, por lo que no tendría sentido aplicar una consecuencia tan costosa en términos de justicia como la exclusión de evidencia si lo que se quiere es prevenir tanto a quien generó el acto (prevención especial) como a la población en general (prevención general) de realizar ese tipo de comportamientos. Cosa diferente ocurre si lo que se persigue al excluir prueba es proteger derechos fundamentales: en este caso, basta con la infracción objetiva al derecho fundamental, sin tener que analizar aspectos como el dolo o la culpa del agente que lo generó, para la aplicación de la regla de exclusión.

En definitiva, de lo que se trata es de seleccionar entre las múltiples finalidades planteadas por la jurisprudencia colombiana cuál de ellas tiene un carácter preferente en atención a las particularidades del ordenamiento jurídico nacional: si se elige el *deterrent effect*, la buena fe es aplicable; si se elige la protección de derechos fundamentales, la buena fe no tiene cabida.

El modelo de Estado asumido por Colombia en 1991, el carácter antropocéntrico de la Constitución, la calidad preferente de los derechos humanos y fundamentales, la condición de derecho fundamental del debido proceso y la expresa disposición normativa de la regla de exclusión en el artículo 29 de la Constitución, lo que la convierte en un derecho fundamental, permiten concluir que la finalidad preferente es la protección de derechos, y no la de disuadir. Por lo tanto, como afirma Aguilera Morales (20058): “la actuación de buena fe o con ausencia de malicia no es circunstancia que consienta la recepción procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente, (...) basta la circunstancia objetiva de haber obtenido la prueba con violación de un derecho fundamental para predicar de ella su inutilizabilidad” (p. 106).

1.18.3.2 Tacha (impeachment)

Este criterio no es aplicable en Colombia en virtud de la sentencia C-210 de la Corte Constitucional (2007). El artículo 232 original del CPP dispuso que los elementos materiales probatorios y la evidencia física halladas en un registro y allanamiento ilegal “podrán ser utilizados para fines de impugnación”. La Corte Constitucional analizó la validez de esta

expresión en la sentencia mencionada cometiendo un gravísimo error interpretativo: entendió que “fines de impugnación” hacía referencia al análisis probatorio en sede de segunda instancia. Y si bien como señala Aramburo Calle (2016, p. 47), no hay referencias expresas en los antecedentes del proyecto de ley del CPP sobre la *impeachment exception*, es indudable que el artículo 232 original hacía referencia a ella, máxime si se tiene en cuenta que el CPP de 2004 adopta el principio acusatorio como eje central del sistema de enjuiciamiento criminal y está inspirado en el *adversary system* estadounidense.

Bajo el entendido de fines de impugnación como segunda instancia, es evidente la inconstitucionalidad de la expresión señalada del artículo 232: la exclusión de evidencia ilícita es un deber que opera en cualquier etapa del proceso penal. Como era de esperarse, la Corte Constitucional (2007) resolvió en la sentencia C-210 declarar inexecutable la expresión “y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación”.

El profesor Jairo Parra Quijano, interpretando de manera correcta el alcance del art. 232 original del CPP (fines de impugnación como posibilidad de impugnación de credibilidad al testigo en juicio, no como segunda instancia), sostiene una postura a favor de la aplicación del *impeachment exception* en Colombia: al referirse al dicho del acusado como testigo afirma que “ (...) en el evento que decida declarar y afirme por ejemplo que no ha traficado con drogas, y en un allanamiento que se le había practicado en su casa y que resultó ilegal se le encontraron estupefacientes, evidencia que no se pudo utilizar en esa ocasión porque el allanamiento y registro fueron ilegales, esta evidencia se puede utilizar para impugnar la credibilidad de los contestado” (p. 818). Por su parte, Alfonso Daza González (2015), luego de criticar la decisión de la Corte Constitucional de declarar inconstitucional este criterio bajo la incorrecta interpretación del artículo 232 original de la Ley 906 de 2004, afirma que la Corte debió en la sentencia C-210 de 2007 declarar la exequibilidad condicionada de la disposición normativa ya que si bien la regla de exclusión “no es impedimento para que se utilice evidencia ilegalmente obtenida para impugnar la credibilidad del acusado” (p. 129).

Pese al yerro interpretativo de la Corte (2007) que se deja ver a lo largo de toda la argumentación, incluyendo el planteamiento del problema jurídico, en la consideración 35 de la sentencia, que responde al último párrafo relativo a la constitucionalidad del artículo 232 del CPP, se dice que: “en 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 por la Fiscalía” (C-270). Por lo tanto, se concluye en razón a la fuerza normativa de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional que el *impeachment exception* no se ajusta a los parámetros del ordenamiento jurídico colombiano²⁵⁵. Además, esta posición es coherente con la conceptualización de la regla de exclusión como consecuencia jurídica expuesta en el trabajo, especialmente con la modalidad de regla de exclusión como prohibición de utilización. i

1.18.3.3 Error inocuo

Visto el nacimiento y desarrollo de la doctrina del *harmless error exception*, así como señaladas sus principales características teóricas y prácticas, puede concluirse que no constituye una excepción a la regla de exclusión, tampoco un criterio que afecte su aplicación. Lo que realmente hace la teoría del error inocuo tiene repercusiones sobre los efectos colaterales que genera la aplicación de la *exclusionary rule*, especialmente cuando su aplicación se omite en primera instancia, puesto que el problema jurídico se presenta cuando el juez superior tiene el imperativo de excluir la prueba luego de haberse admitido y practicado en debida forma ante el juez de instancia.

La regla de exclusión es una institución jurídica procesal que recae sobre la prueba, no sobre el proceso. Sin embargo, excepcionalmente sus efectos repercuten no solo en actos de prueba sino en actos procesales de otra naturaleza, pudiendo incluso afectar el juzgamiento de principio a fin. Bajo ese entendido lo que pretende la doctrina del error inocuo es exceptuar los efectos colaterales de la *exclusionary rule*, pero no su aplicación sobre prueba y sus consecuentes efectos principales (prohibición de admisión y prohibición de valoración). Si el error es meramente procesal o de juicio, el juez superior deberá aplicar la exclusión sobre la evidencia ilícita sin afectar la sentencia de instancia cuando existan otros elementos de conocimiento que permitan

²⁵⁵ En todo caso, cabría una discusión sobre el alcance normativo de la sentencia de la Corte: ¿es *obiter dicta* o *ratio decidendi* lo relacionado con el uso de evidencia ilícita para impugnar credibilidad a los testigos en juicio?

soportar probatoriamente la condena. Si el error es estructural la consecuencia colateral deberá aplicarse, y en consecuencia anular toda la actuación procesal para que se rehaga. Tanto en uno como en otro caso se afectan derechos constitucionales, pero en el primero sólo en torno al procedimiento probatorio, en cambio en el segundo en torno a la actuación procesal en general.

Ahora bien, si se analiza con detenimiento los casos en donde la Corte Suprema ha aplicado la nulidad del proceso por presentar un error estructural la actuación procesal, ordenando en consecuencia rehacer el juicio, realmente estos defectos desbordan el procedimiento probatorio, lesionando derechos procesales no relacionados con la prueba sino con el proceso en general. Lógicamente con esta apreciación no se quiere negar la relación necesaria e inescindible entre prueba y proceso, pero si diferenciar una de otra: el proceso judicial es el escenario en donde se práctica la prueba, por tanto, el derecho procesal es el género y el derecho probatorio la especie. Por lo tanto, casos como la indebida constitución del gran jurado, la existencia de un juez parcializado, la asignación de un abogado defensor público con conflicto de intereses, pueden llegar a afectar el procedimiento probatorio, pero sólo en un nivel secundario; las circunstancias mencionadas lesionan de manera directa y frontal garantías procesales esenciales que tornan imperativa la nulidad de la actuación procesal, ya no por el régimen de la *exclusionary rule* sino por el régimen general de validez de la actuación procesal.

1.18.3.4 Legitimación

La discusión tiene como posibles soluciones al menos dos hipótesis claramente antagónicas: por un lado, una visión restringida, según la cual debe evaluarse el titular del derecho constitucional infringido con el acto de investigación o el acto de prueba, quién será, exclusivamente, el que pueda solicitar la exclusión de prueba y beneficiarse de sus efectos; otra sería lo que podría catalogarse como una visión amplia según la cual la valoración de prueba ilícita en una decisión de carácter jurídico generará siempre la infracción al derecho fundamental al debido proceso, por lo que todo aquel que tenga la legitimación general para actuar dentro de un proceso determinado podrá verse beneficiado con las consecuencias de la exclusión probatoria. Como podrá advertir el lector, la elección entre una y otra hipótesis implica consecuencias directamente relacionadas con el ámbito de aplicación procesal de la regla de exclusión: ¿Qué tanta exclusión de pruebas está dispuesto a soportar la eficacia del derecho penal? La visión restringida genera un reduccionismo de gran intensidad, puesto que al asignarle

sólo al afectado la legitimación para solicitar la exclusión, o verse beneficiado con ella, la prueba obtenida ilícitamente puede utilizarse contra terceros, incluso en un mismo proceso. En la otra orilla, según la visión amplia, la prueba ilícitamente obtenida no puede utilizarse en ningún proceso, lo que obviamente generaría una ampliación de la regla de exclusión, convirtiéndola en un derecho de titularidad colectiva.

¿Cuál es la posición del derecho colombiano? Contrario a lo que con frecuencia se afirma, Colombia no tiene el *standing* estadounidense, ni en el caso particular del derecho a la intimidad, ni para el resto de derechos constitucionales que pueden llegar a servir de base para la aplicación de la regla de exclusión. El artículo 231 CPP, que regula el caso particular de la regla de exclusión en casos de registro y allanamiento, establece que podrá solicitar la exclusión de evidencia: i) el procesado; ii) el titular del derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto del acto de investigación; y iii) quien tenga expectativa de intimidad al momento de la realización del registro. De la comparación de esta regla con la regla del *standing* estadounidense se concluye que el espectro de legitimación es mucho más amplio en el derecho colombiano.

Además de la literalidad de la norma citada que es suficiente para soportar la anterior conclusión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha ratificado esta tesis²⁵⁶, resaltando que la regla de exclusión es de naturaleza constitucional y que es parte esencial de las garantías que conforman el debido proceso por lo que no existe ninguna razón para limitar que el procesado solicite directamente su aplicación. En sentencia de casación 30.711 estudió la Corte Suprema (2009) este problema jurídico advirtiendo que:

“debe darse respuesta a la tensión surgida entre el derecho del procesado a escudriñar y cuestionar la legalidad de los procedimientos con que fueron adelantadas las labores de investigación, así la titularidad del derecho vulnerado no se encuentre en cabeza suya, como ejercicio de su defensa técnica, frente a la expectativa general de la efectividad del derecho material.(...).De ahí que el quebranto al debido proceso en la producción de la

²⁵⁶ En sentencia de casación 30.711 de 2009, dijo claramente la Corte: “observa la Corte que debe darse respuesta a la tensión surgida entre el derecho del procesado a escudriñar y cuestionar la legalidad de los procedimientos con que fueron adelantadas las labores de investigación, así la titularidad del derecho vulnerado no se encuentre en cabeza suya, como ejercicio de su defensa técnica, frente a la expectativa general de la efectividad del derecho material.(...).De ahí que el quebranto al debido proceso en la producción de la prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tenga como directo perjudicado al imputado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado”.

prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tenga como directo perjudicado al imputado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado”.

1.18.3.5 Conexión de antijuridicidad

La conexión de antijuridicidad no es propiamente un criterio de aplicación de la regla de exclusión; realmente responde una metodología para su aplicación que hace énfasis en la relación que debe existir entre el acto antijurídico y la evidencia directamente obtenida, y entre esta y la que se predica como derivada. Sin desconocer las múltiples críticas a las que ha sido sometida por la doctrina española²⁵⁷, la conexión de antijuridicidad tiene una bondad innegable: pone de relieve el hecho de que no basta una relación meramente naturalista entre los presupuestos de aplicación de la regla de exclusión señalados, sino que es necesario una relación jurídica, de imputación, en el marco del deber ser.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no ha sido ajena a esta idea (necesidad de relación jurídica entre los presupuestos señalados), ni a su vocabulario. Así, por ejemplo, en la sentencia SP 10303, la Corte (2014) señaló que para la aplicación de la cláusula de exclusión corresponde establecer, entre otros requisitos, que:

(...) ii) existe un vínculo fuerte de antijuridicidad entre ese elemento de convicción ilícito o ilegal y la prueba derivada que se tacha también de inválida porque la ilicitud o ilegalidad de la prueba originaria trasciende por su intensidad y nexo causal a la subsecuente, iii) ninguno de los criterios doctrinales y jurisprudenciales dominantes de desconexión entre una y otra prueba operó en el caso particular (...)

Para declarar la inexistencia de la prueba derivada se requiere, entonces, acreditar que existe una relación inescindible y particularmente fuerte entre los dos medios de convicción, esto es, que existe un hilo conductor ineludible, infranqueable entre ellos, capaz de lesionar una garantía del mismo orbe, pues, se recaba, no basta que el mecanismo probatorio primario esté viciado por la infracción de una garantía esencial fundamental sino que tal carácter efectivamente haya sido transmitido de la fuente primaria al material demostrativo reflejo.

²⁵⁷ Además de las obras ya citadas, véase el trabajo de Asencio Mellado, José María (2012, pp. 127-154).

Lo que debe acreditarse para establecer la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba directa y la prueba derivada, o, dicho de manera negativa, las circunstancias que generan una desconexión de antijuridicidad son cosas que no están del todo claras ni en España ni en Colombia. Sin embargo, la necesidad de realizar un juicio de imputación para aplicar la regla de exclusión de prueba ilícita es una idea latente en ambos países.

1.18.3.6 Confesión voluntaria del imputado

Este criterio puede ser entendido como una modalidad de fuente independiente. Bajo esta tesis, su constitucionalidad no presentaría ninguna duda: fue consagrado expresamente por el Legislador en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 consideró expresamente que se ajustaba a la Constitución. Se afirma que la confesión voluntaria del imputado puede ser considerada como una modalidad de fuente independiente, o una relación de género a especie, por cuanto en ambos se genera una ruptura de la conexión que debe existir entre el acto ilícito, la prueba directa y la prueba derivada para que opere la exclusión; esta ruptura, o desconexión en palabras del régimen español, se presenta en virtud de una fuente lícita que termina siendo la determinante para la obtención de la evidencia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, aplicó este criterio en la decisión 24679 del 27 de julio de 2006; sin embargo, la Corte Constitucional, al estudiar en sede de revisión de tutela T-233 de 2007 este caso consideró que: “Finalmente, frente a la consideración de la Sala Penal según la cual la grabación que se hizo valer en el proceso fue convalidada por el imputado al haber admitido en la indagatoria que la reunión videograbada era la que sostuvo en Yopal, esta Sala debe precisar que la nulidad de pleno derecho que establece la Constitución como consecuencia de haberse recaudado la prueba con violación de derechos fundamentales impide considerarla válidamente en el proceso, así el demandante admita que esa prueba consigna hechos que se le endilgan en el proceso penal”. Estas son las únicas sentencias que hasta el momento se han pronunciado respecto de este criterio, por lo que solo constituyen *obiter dicta*.

Aunque en el régimen probatorio de la Ley 906 de 2004 no existe la confesión como medio de prueba, la Corte Suprema ha indicado que su homólogo en el marco del sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria es el allanamiento o preacuerdo (AP3622, 2017). Por otra parte, en el juicio oral puede concurrir el acusado como testigo y, aunque su dicho no

constituye técnicamente confesión, su valor probatorio suele ser muy importante. Bajo este entendido, la pregunta en el marco de esta legislación es si opera la exclusión cuando el proceso realice una terminación anormal del proceso penal para aceptar cargos; respecto al juicio, la posibilidad es remota en la medida que la audiencia preparatoria constituye un filtro en el que en teoría se debería impedir el contacto del juzgador con la prueba, pero en todo caso la pregunta sería si la aceptación en sede interrogatorio cruzado de algo relacionado con la prueba ilícita genera su convalidación. En el fondo lo que está en juego es la posibilidad del procesado de renunciar expresa o tácitamente a la garantía constitucional de la regla de exclusión: ¿si pese a conocer que operaba la exclusión, el procesado decide por estrategia procesal realizar un allanamiento, celebrar un preacuerdo o renunciar a su derecho a guardar silencio y hablar en el juicio, la prueba ilícita se convalidaría?

Antes de responder esta pregunta, vale la pena resaltar el elemento conocimiento. Pueden presentarse dos escenarios: la defensa conoce, o tuvo la oportunidad de conocer, el yerro que generó el acto ilícito, y pese a eso toma la decisión de elegir alguna de las estrategias de defensa mencionadas; la defensa no conocía del yerro (por ejemplo, la falta de control posterior de un acto de investigación que la requería) y la defensa apresuradamente resuelve allanarse en una etapa temprana del proceso penal. El tema es la posibilidad de retractarse de alguna de estas estrategias alegando que de haberse tenido en cuenta la posibilidad de la exclusión de la prueba se hubiese elegido una diferente.

A diferencia de la tesis aislada sostenida por la Corte Constitucional en la sentencia T-233 de 2007, en el trabajo se considera que la confesión voluntaria del procesado se ajusta plenamente a la Constitución, por lo que puede llegar a hacer aplicable en Colombia; además, se trata realmente de una modalidad de fuente independiente, lo que refuerza esta idea.

Es ajustada al ordenamiento jurídico por cuanto se trata de una decisión libre y voluntaria tomada por la Defensa. En ese sentido, mal haría la judicatura en generar limitantes. También téngase en cuenta que la naturaleza de la regla de exclusión: es una garantía fundamental perteneciente al debido proceso, y en ese sentido es un derecho subjetivo de titularidad restringida a aquellos tengan interés en la decisión que utilizará una como fundamento epistémico una prueba ilícita -no confundir con el *standing*-. En ese sentido, si la defensa

renuncia al ámbito de protección de la regla de exclusión, es una decisión válida, que debe ser respetada por la judicatura.

Es una modalidad de fuente independiente en la medida que la confesión voluntaria del procesado genera una ruptura causal entre el acto ilícito y la prueba. Si la confesión se genera con el lleno de las formalidades legales y constitucionales constituye fuente lícita de producción de conocimiento, sienta esta y no aquella la generadora del medio de prueba.

En conclusión, este criterio se ajusta plenamente a la Constitución, por lo que tiene plena aplicabilidad en Colombia. Incluso, si se parte de la idea de que es una modalidad de fuente independiente, está regulado en el artículo 455 del Código Procesal Penal y se ajusta la Constitución bajo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

1.18.3.7 Hallazgo casual

En principio este criterio no genera mayores discusiones. Si de manera accidental en el marco de un registro y allanamiento ordenado para la indagación de un posible delito de tráfico de estupefacientes se encuentran objetos ilícitos relacionados con otros delitos, como sería contrabando o material pornográfico, no se presenta acto antijurídico alguno (el primer presupuesto para la aplicación de la regla de exclusión), pues la vulneración del derecho fundamental a la intimidad con el acto de investigación está justificada por la orden que lastimosamente en Colombia la puede emitir directamente la Fiscalía. De igual manera, si en una interceptación telefónica ordenada para investigar un delito de corrupción en la administración pública (acto de investigación que en Colombia también lo puede ordenar el Fiscal directamente), y se halla casualmente producto de las escuchas telefónicas información que permite inferir que los funcionarios están involucrados en un delito de naturaleza diferente, por poner un ejemplo, tráfico de armas de fuego, no existe ilicitud alguna. Sin embargo, pueden llegar a presentarse casos complejos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ocupó de este criterio en dos recientes pronunciamientos: auto AP098-2016 y auto AP642-2017. Lo curioso de estas decisiones, que se dan dentro de un mismo proceso²⁵⁸, es el hecho que en menos de un año la Corte cambió drásticamente su posición respecto del alcance del hallazgo casual en casos en

²⁵⁸ Ambas decisiones se emiten dentro del radicado 34.099, caso seguido en contra de la ex Senadora Piedad Zuccardi de García.

donde esté en juego el derecho fundamental al secreto profesional entre abogado y cliente. Los hechos relevantes del caso son los siguientes: se ordenó con el lleno de las formalidades legales la interceptación del número de teléfono de la procesada, y causalmente se grabó unas conversaciones con su defensor en donde aparentemente se habla de una estrategia para crear una falsa denuncia con el objeto de confundir a las autoridades ¿bajo el amparo del derecho fundamental al secreto profesional debe excluirse las llamadas interceptadas pese a que dan cuenta de un acto preparativo para la comisión de una conducta punible? Inicialmente la Corte sostuvo una respuesta negativa, tanto en la decisión inicial como en auto que resolvió el recurso de reposición. Básicamente se fundamentó la decisión en el hecho que la protección de los derechos fundamentales no ampara conductas dolosas que afecten bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, en este caso, el correcto desarrollo de la administración de justicia. En palabras de la Corte (2016):

(...) habiéndose detectado a través de tales conversaciones un plan para fraguar en contra de las investigadoras de la Fiscalía una FALSA DENUNCIA, carecía de razonabilidad que con la excusa de salvaguardar la confidencialidad de las conversaciones Cliente – Abogado se pretendiera soslayar la comisión de un hecho punible, pues el secreto profesional, referente supremo del privilegio reclamado, debía distender su esfera de protección para poner a salvo la indemnidad de un bien jurídico tutelado por la Ley penal, en este caso, la eficaz y recta impartición de justicia. (...)

De tal suerte que le corresponde a la Sala desaprobarenergicamente tales maniobras y desarticular sus efectos pues ya no se trata sólo de privilegiar en abstracto el interés de la justicia sino de poner a salvo los mecanismos que posibilitan la investigación y búsqueda de la verdad, imperativo que implica remover los obstáculos que se interpongan con la excusa del ejercicio de las atribuciones que la Ley y la Constitución otorgan como garantía del Derecho de Defensa, que devienen ilegítimos cuando se ejercen abusivamente, como sucede cuando se invoca la confidencialidad de las conversaciones Cliente - Abogado para amparar acuerdos, mal llamados “estrategias defensivas”, tendientes a desactivar el aparato investigativo o a neutralizar o intimidar a los servidores públicos que colaboran con la investigación o instruyen la misma, recurriendo temeraria o dolosamente al uso de

mecanismos fraudulentos como la manipulación, soborno o amenaza a los testigos, o como la instauración de denuncias con pruebas prefabricadas.

Haciendo uso del artículo 190 de la Ley 600 de 2000 para tornar procedente un recurso de reposición sobre la decisión que resolvió un recurso de reposición inicial, la Corte (2017) estudia nuevamente el problema jurídico. Pero esta vez toma una decisión totalmente diferente. Aplicando expresamente un test de proporcionalidad, lo que de por sí se discute intensamente a nivel doctrinal, y distinguiendo entre la perspectiva intraprocesal y la perspectiva extraprocesal de la regla de exclusión, llega a las siguientes conclusiones: i) a nivel introprocesal, las llamadas deben excluirse; ii) a nivel extraprocesal, las llamadas tienen valor probatorio, lo que permitiría el nacimiento de una nueva indagación para la judicialización de los eventuales delitos cometidos.

En definitiva, el hallazgo casual es un criterio para la aplicación de la regla de exclusión en Colombia. Sin embargo, al definir su alcance en un caso en concreto debe evaluarse detenidamente los derechos fundamentales en juego.

1.18.3.8 Evidencia ilícita aportada por particular

En Colombia, y en general todo sistema jurídico que edifique la regla de exclusión sobre la base de la finalidad protectora de derechos fundamentales, quién aporte la prueba ilícita no tiene ninguna incidencia. Sea un agente del Estado o un particular el que cometió el acto antijurídico base causal y jurídica para la obtención de la evidencia, esta será susceptible de exclusión, pues si de lo que se trata es de proteger derechos, y no de disuadir a cometer este tipo de actos en el marco de una investigación penal a determinado grupo de personas, se torna imperiosa su aplicación.

Y si alguna duda queda sobre la inaplicación de este criterio en Colombia, basta con señalar que la regla de exclusión de prueba no se limita a asuntos penales. En materia civil y laboral, en donde las partes en conflicto son particulares, la jurisprudencia se ha encargado expresamente de este tema. Además, el Código General del Proceso, replicó el mandato constitucional del artículo 29 al establecer que: “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso” (art. 14 CGP). Para un análisis de la regla de exclusión de prueba ilícita en asuntos no penales en Colombia véase el trabajo de Peláez Hernández (2017).

1.18.3.9 Evidencia a favor del proceso

Dos ideas deben tenerse presentes al iniciar el debate acerca de la validez de este criterio en Colombia: i) la función de los derechos fundamentales en el ejercicio del ius puniendi y ii) el alcance normativo de la presunción de inocencia. La tesis es hoy aceptada por todos: los derechos fundamentales fungen como barrera de contención normativa a la persecución del delito; por lo tanto, son derechos en cabeza de las personas que limitan el ejercicio de esta función del Estado. Por su parte, la presunción de inocencia tiene la funcionalidad de ser la base fundamental del enjuiciamiento criminal moderno: todas las reglas procesales y probatorias deben propender por su real protección²⁵⁹. La suma de estas dos ideas permite llegar a la siguiente conclusión: como bien resalta Larry Laudan (2013), entre los dos posibles errores de la sentencia penal, el condenar a un inocente es un error de mayor gravedad que absolver al culpable, por lo que el Derecho debe propender por reducir al máximo esta posibilidad.

Coherente con lo anterior, se puede concluir desde ya que la evidencia ilícita que goce de eficacia demostrativa sobre un hecho que favorezca al procesado debe admitirse. Sin embargo, para un mejor análisis cabe distinguir tres hipótesis: i) el acto antijurídico es cometido por agentes Estado, como sería el caso de interceptaciones telefónicas sin orden del Fiscal; ii) el acto antijurídico es cometido por un tercero, por ejemplo la puesta subrepticia de un micrófono por una persona ajena al proceso penal; y iii) el acto antijurídico es cometido por el acusado o una persona directamente vinculada con su defensa, como el abogado o el investigador privado, un ejemplo sería el adentrarse de manera oculta para obtener una evidencia determinada.

En la primera y segunda hipótesis dos argumentos sustentan la conclusión positiva. El primero, siguiendo la idea ya mencionada de Fabricio Guariglia (2005), si la regla de exclusión de evidencia ilícita es un derecho fundamental, y si estos fungen como garantía protectora de las personas, mal se haría en aplicarla para perjudicar la situación jurídica del procesado en virtud del acto ilícito perpetrado por el Estado o de un tercero. Además de ello, la disminución del riesgo de un error de condena a un inocente fundamenta la posición.

La tercera hipótesis merece un comentario especial. En principio, podría argumentarse que en estos casos no es admisible la evidencia ilícita. Los argumentos que soportan la negativa son la

²⁵⁹ Sobre los diferentes significados que se le ha dado a la presunción de inocencia, véase el trabajo de Mercedes Fernández López (2008) y de Jordi Nieva Fenoll (2016).

igualdad de armas y el hecho de que al ser permisivos se incentivaría indirectamente la realización de actos antijurídicos para obtener evidencia que soporte la teoría del caso de la defensa. Por otra parte, desde una posición a favor de su admisión podría argumentarse que si la distribución de los errores de la sentencia penal es la base fundamental del derecho procesal penal moderno debe admitirse la prueba pues es un mecanismo eficaz para disminuir la posibilidad de cometer el error de condenar a un inocente; esta posición sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal y civil que deriven de los comportamientos base para la obtención de evidencia.

Entre las dos posiciones, se prefiera la de excluir evidencia ilícita a favor del procesado cuando haya sido este el encargado de cometer el acto ilícito. Dos son las razones que sustentan esta idea, una de orden estrictamente jurídico y otra de orden sociológico. Desde el punto de visto jurídico, el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar en su favor su propia culpa o dolo) imposibilita su aplicación. Desde el punto de vista sociológico, una posición a favor de la admisibilidad incentivaría considerablemente que en la práctica el ejercicio del derecho de defensa se valga de actos de investigación ilícitos para la obtención de evidencia.

La Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de explicar el alcance del mencionado principio. Ha dicho la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional que: “si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culposa, imprudente o negligente del actos que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos” (T-007, 1992), por lo tanto “el juez constitucional no puede amparar situaciones donde la supuesta vulneración de un derecho fundamental no se deriva de la acción u omisión de cualquier autoridad sino de la negligencia, imprudencia o descuido de un particular” (T-1231, 2008). Si bien estos razonamientos no se refieren a la regla de exclusión, sino genéricamente a la protección de derechos fundamentales, es plenamente aplicable para evaluar la constitucionalidad de la evidencia ilícita a favor del *reo* cuando sea este quien la haya obtenido. Como se ha dicho en líneas anteriores, la exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano es una garantía que hacer parte del derecho fundamental al debido proceso.

Desde el punto de vista sociológico, el argumento es igual de contundente. El rol de la defensa en un proceso penal de tendencia acusatoria como el colombiano implica la función de obtener, aportar y producir elementos de conocimiento que soporten la teoría del caso defensiva. Los actos de investigación son el medio que permiten encontrar estas evidencias. De permitirse la admisibilidad de evidencia ilícita bajo el argumento de que favorece al procesado, y en ese sentido disminuye la posibilidad de una condena falsa (condenar a un inocente), llevaría a que muchos se valieran de actos de investigación contrarios al ordenamiento jurídico para demostrar la hipótesis fáctica de la defensa.

PROPUESTA

Origen y primera etapa de evolución. Aunque existen algunos antecedentes en Inglaterra y Argentina, la regla de exclusión (*exclusionary rule*) nació a comienzos del siglo XX gracias a la labor de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Como toda idea nueva, inicialmente fue fuertemente criticada. El primer tropiezo para su consolidación fue la autonomía e independencia de los estados federados: *Weeks* (1914) solo era aplicable en la justicia federal, no en la estatal. En 1961 con la resolución del caso *Mapp v. Ohio* se generó una expansión territorial: a partir de esta sentencia, la regla de exclusión era obligatoria a lo largo y ancho de Estados Unidos.

Inicialmente la regla de exclusión se construyó sobre la base de la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: sólo las violaciones al derecho a la intimidad permitían la aplicación de esta figura. Los casos *Malloy v. Hogan* y *Massiah v. United States* de 1964 generaron una expansión sustantiva de la regla de exclusión: gracias a ellos la Quinta (prohibición de autoincriminación forzado) y Sexta (derecho a contar con un abogado) Enmienda servirían de base constitucional para su aplicación.

Otro aspecto por resaltar de la primera etapa de evolución es el nacimiento del régimen de exclusión de prueba derivada. Haciendo uso de un estilo metafórico, en *Nardone v. United States* (1937) la Corte Suprema afirmó que los frutos del árbol envenenado o ponzoñoso deben excluirse, generando una regla de exclusión que opera no solo en contra de la prueba directamente obtenida con un acto violatorio de un derecho fundamental constitucional, sino toda aquella que se derive de la prueba directa.

Segunda etapa de evolución: más allá de las fronteras de los Estados Unidos. Luego de su consolidación territorial y sustantiva en el país de origen, la regla de exclusión se expandió a muchos países de Europa y América. La corriente de los derechos humanos y el auge del paradigma garantista del enjuiciamiento criminal seguramente provocaron este fenómeno.

Sin embargo, si bien es innegable el fenómeno de adopción generalizado de esta figura en países del mundo occidental, no existe una regulación uniforme. La primera divergencia, señalada por la profesora Teresa Armenta (2012), es la fuente del derecho encargada de su regulación; también se observa un uso muy disímil del lenguaje en cada país. Pero más allá de

sus diferencias profundas, existe algo que los une: la idea de que la prueba obtenida con violación de derechos no debe tener ningún valor jurídico.

Conceptualización. La falta de uniformidad en el lenguaje para describir los fenómenos que suceden en la exclusión de prueba es uno de los problemas de mayor gravedad en el estado actual de la institución jurídico-probatoria de la regla de exclusión. Este problema se ha generado principalmente por dos causas: i) su origen y evolución responde a un proceso de construcción inductivo, resolución de casos judiciales, en los que se presentan diferentes posturas sobre su significado, límites y alcance; y ii) el proceso de expansión progresiva de la *exclusionary rule* de origen anglosajón a países de occidente de diversa tradición jurídica ha generado una diversificación que va desde su justificación, presupuestos para su aplicación, consecuencias y hasta el uso del lenguaje para referirse a ella. Los problemas del lenguaje más frecuentes en torno a este tema son: ambigüedad, ocasionada por una excesiva sinonimia y una intensa polisemia; y vaguedad por la falta de fijación de las propiedades para la determinación de estas instituciones.

Propuesta de conceptualización. Desde una perspectiva analítica, debe distinguirse entre las causas (presupuestos de configuración) y los efectos (consecuencia jurídica). La expresión regla de exclusión se prefiere para hacer referencia a la consecuencia procesal sobre otras como “inutilizabilidad”, “prohibición probatoria”, “nulidad”, por cinco razones: i) la primera de orden positivo: la Ley 906 de 2004 denominó de esta manera el fenómeno; ii) la segunda de orden representativo: la expresión que mejor representa las consecuencias es el término exclusión; iii) la tercera por aceptación y pragmatismo: la comunidad jurídica colombiana se ha familiarizado con el término; iv) la cuarta tiene que ver con respeto a su origen: la traducción literal de *exclusionary ryle* es regla de exclusión; v) la quinta y última tiene que ver con aspectos de necesidad: las consecuencias tradicionales ante irregularidades procesales (inexistencia, nulidad e ineficacia) no responden a las características particulares de esta institución.

Concepto de regla de exclusión como consecuencia procesal. La regla de exclusión genera tres tipos de consecuencias analíticamente diferenciables: i) prohibición de admisibilidad; ii) prohibición de valoración; iii) prohibición de utilización.

i). Regla de exclusión como prohibición de admisibilidad. La evidencia susceptible de exclusión no debe superar el juicio de admisibilidad probatorio. De ahí que un criterio negativo

de admisibilidad sea precisamente la exclusión. Con esto se busca evitar lo que la doctrina ha denominado “el efecto psicológico de la prueba ilícita”: una vez el juzgador conoce el contenido del elemento de conocimiento susceptible de exclusión su percepción sobre los demás medios de prueba estará viciada. El objetivo entonces con la prohibición de admisión es precisamente evitar que el juzgador conozca el contenido de la evidencia susceptible de exclusión.

ii). Regla de exclusión como prohibición de valoración. Aunque la evidencia supere el juicio de admisibilidad probatoria, si en el transcurso de la práctica de la prueba en juicio oral se demuestra el mérito para excluirla, e incluso en sede de segunda instancia, le corresponde al juzgador aplicar esta consecuencia: la prohibición de valoración indica sencillamente que la evidencia carece de eficacia demostrativa para servir de base epistémica para acreditar la probabilidad de verdad de un enunciado fáctico relacionado con la pretensión punitiva de la Fiscalía.

iii). Regla de exclusión como prohibición de utilización. Si bien bajo el marco de la prohibición de valoración se tiene que un elemento de conocimiento susceptible de exclusión carece de eficacia demostrativa y por tanto no podrá tenerse como soporte probatorio para la demostración de los hechos discutidos por las partes, la prohibición de utilización va más allá al indicar que el elemento de conocimiento excluido carece de cualquier funcionalidad jurídica secundaria, por lo tanto no podrá ser utilizado para efectos de impugnar credibilidad, refrescar memoria o soportar probatoriamente una decisión cautelar, ya sea que recaiga sobre personas o bienes.

Presupuestos sustanciales para la aplicación de la regla de exclusión. Definido los alcances de la consecuencia procesal, cabe preguntarse cuándo es procedente su aplicación. Precisamente con el término presupuestos sustanciales se hace referencia a los requisitos que deben configurarse en un caso en concreto para la aplicación de la regla de exclusión. El siguiente gráfico representa estos presupuestos.

<i>Presupuesto</i>	<i>Definición</i>
1° Acto antijurídico	Se requiere de la comisión de un acto, sea de investigación o de prueba, contrario al ordenamiento jurídico.

2°	Lesión de un derecho fundamental	No basta el simple quebrantamiento de una norma jurídica; la aplicación de la regla de exclusión está condicionada a que el acto antijurídico lesione un derecho fundamental.
3°	Medio de conocimiento	Es necesario tener individualizado el elemento cognoscitivo sujeto al análisis de la regla de exclusión.
4°	Causalidad	Es la relación empírica entre el acto antijurídico vulnerador de un derecho fundamental y el medio de conocimiento. Aquí debe evaluarse desde el plano naturalista si la causa de la obtención o producción, según corresponda, es el acto antijurídico. Existen dos tipos de relación de causalidad: i) causalidad directa, que se predica del acto y de un elemento de conocimiento; ii) causalidad indirecta, que refiere a la relación entre medios de prueba.
5°	Imputación	La existencia de la causalidad no genera automáticamente la aplicación de la regla de exclusión. Más allá de la conexión naturalista, es necesario establecer una conexión normativa entre el 1°, 2° y 3° presupuesto. Al igual que en la causalidad, existen dos tipos de relaciones de imputación: i) imputación directa, que se predica del acto y de un elemento de conocimiento; ii) imputación indirecta, que se refiere a la relación entre medios de prueba.

El objeto material de la regla de exclusión. La regla de exclusión en nada afecta el objeto de prueba. Los hechos jurídicamente relevantes dentro de un proceso (tema de prueba) no son susceptibles de exclusión o modificación alguna.

La regla de exclusión recae exclusivamente sobre la funcionalidad jurídica del elemento de conocimiento, y no sobre actos procesales independientes. En ese sentido, su aplicación en etapas avanzadas del proceso, como la sentencia de primera o segunda instancia, e incluso en sede de casación, no genera la nulidad del proceso, sino exclusivamente la prohibición de valoración, lo que en la práctica conlleva un ejercicio contra-epistémico consistente en no tener en cuenta los datos de prueba aportados por el elemento excluido para la determinación de la premisa fáctica de la sentencia. Esta regla general encuentra su excepción en el precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005: “ (...) 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”.

La construcción conceptual creada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre prueba ilícita y prueba ilegal, carece de justificación teórica y relevancia práctica. Lo primero porque la regla de exclusión es una figura que se construye sobre la base de derechos fundamentales, por lo que su aplicación está condicionado a la lesión de un derecho de esta naturaleza. Lo segundo porque tanto prueba ilegal como ilícita son susceptibles de exclusión, por lo que nada aporta en la práctica esta clasificación.

Lo que se quiere advertir por la jurisprudencia colombiana con la expresión “prueba ilegal” es que cuanto se infringe una norma de carácter legal en la obtención o producción de la prueba no procede automáticamente la aplicación de la regla de exclusión, sino que el juzgador debe evaluar si realmente alcanza a lesionar el derecho fundamental al debido proceso. Pero ello no genera la necesidad de una clasificación: en ambos casos, prueba ilícita o ilegal, se presenta un común denominador (la afectación de un derecho fundamental). Lo que sucede con el debido proceso es que su garantía se ve reflejada casi siempre en el respeto de las reglas de procedimiento y prueba que el Legislador establezca; sin embargo, la violación de estas reglas no significa necesariamente la violación del derecho fundamental. En casos como estos le corresponde al interprete evaluar si la regla legal vulnerada afecta el derecho fundamental al debido proceso o, en palabras de la Corte (2005), “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” (sentencia 18.103).

La expresión “prueba o evidencia ilícita” hace referencia a un elemento de conocimiento que por las particularidades con las que fue obtenida o producida configura cabalmente los presupuestos establecidos para la aplicación de la regla de exclusión. El término entonces funciona como un adjetivo predicable de un elemento de conocimiento.

Entre prueba ilícita y evidencia ilícita se prefiere este último término teniendo en cuenta las particularidades del régimen probatorio de la Ley 906 de 2004. No obstante, no debe perderse de vista que la regla de exclusión no es una institución que le pertenezca de manera exclusiva al proceso penal. El alcance del inciso final del artículo 29 de la Constitución colombiana no se

restringe por la especialidad de la materia que se esté discutiendo, por lo que un término genérico aplicable a cualquier régimen sería el de prueba ilícita.

Teleología de la regla de exclusión. A lo largo de su evolución, la regla de exclusión probatoria se ha justificado principalmente por dos grandes ideas: i) la tutela de los derechos constitucionales fundamentales y ii) el efecto disuasivo de la exclusión de la prueba ilícita (*deterrent effect*). Dependiendo se elija una u otra finalidad, se afectará considerablemente el ámbito sustancial de la aplicación de la regla de exclusión, como se demostró al analizar la validez en el ordenamiento jurídico colombiano de criterios como la buena fe (*good faith*).

En Colombia, la finalidad de la exclusión de prueba en virtud del mandato dispuesto en el inciso final del artículo 29 de la Constitución no es mono-finalística. La jurisprudencia nacional ha fijado cinco funciones a esta figura: i) función disuasiva, ii) función protectora de la integridad del sistema judicial, iii) función de garantía a la legalidad, iv) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba, v) función reparadora de la arbitrariedad cometida.

Por lo tanto, el porqué de la prueba ilícita en Colombia se reduce a una posición mixta: las dos grandes finalidades planteadas por el mundo jurídico occidental, efecto disuasorio y protección de derechos, se tienen en cuenta en el ordenamiento jurídico nacional. Dentro de esta mixtura, teniendo en cuenta las características particulares del ordenamiento jurídico colombiano (carácter antropocéntrico, constitución con carácter normativo, protección de derechos humanos y fundamentales), la protección de derechos debe tenerse como una finalidad preponderante.

CONCLUSIONES

Interpretación de la cláusula abierta contemplada en el artículo 455 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004). Reza el artículo 455 del Código Procesal Penal colombiano: “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”. El objetivo principal de la presente investigación se centró en establecer el significado y alcance de la expresión “y los demás que establezca la ley”. Las principales conclusiones alcanzadas son las siguientes.

A. La expresión “ley” establecida en el inciso final del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 hace referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no simplemente a ley en sentido formal. Por lo tanto, para determinar cuáles son los demás criterios que establece la ley para efectos de la aplicación de la regla de exclusión debe remitirse a las fuentes formales de orden de derecho colombiano (Constitución entendida como bloque normativo, ley, actos administrativos, jurisprudencia, precedente judicial).

B. La ley en sentido formal (fuente formal del derecho creada por el Congreso de la República) no aporta mayores insumos al desarrollo del objetivo principal trazado. Lo mismo sucede con los actos administrativos. No existe en Colombia ninguna ley o acto administrativo que haga referencia a criterios para la aplicación de la regla de exclusión. Por su parte, la Constitución, más allá del inciso final del artículo 29, no hace alusión a estos criterios.

C. La jurisprudencia colombiana ha mencionado en sede de *obiter dicta* criterios como: i) ponderación, ii) acto de voluntad libre cuando la persona asienta la práctica de la prueba, iii) buena fe, iv) error inocuo, v) línea de investigación diferente, vi) ratificación por el afectado (confesión) y vii) validez de las pruebas anteriores a la ilícita. Sin embargo, no puede concluirse que la cláusula abierta del artículo 455 se llene con estos criterios, ya que conforme las reglas de análisis de jurisprudencia, al ser *obiter dicta*, y no un precedente judicial, constituye una fuente secundaria o auxiliar del derecho, siendo su aplicación facultativa.

Ya en el campo del precedente judicial, con el efecto vinculante propio de esta figura (C-836 de 2001), se presentan dos criterios: licitud de las grabaciones realizadas por la víctima de manera oculta para el interlocutor y el hallazgo casual.

D. Sobre el objetivo desarrollado en la investigación la doctrina nacional poco se ha pronunciado. Si bien temas como los rasgos generales de la regla de exclusión, los problemas de orden procesal en su aplicación como oportunidad y competencia, son frecuentes en la literatura colombiana, no se presentan mayores estudios sobre la cláusula abierta contemplada en el artículo 455 del CPP.

F. En conclusión, teniendo en cuenta las fuentes formales constitutivas del ordenamiento jurídico colombiano, se tiene que en la actualidad la expresión “y los demás que establece la ley” contenida en el artículo 455 del Código Procesal Penal colombiano hace referencia a dos criterios creados vía precedente judicial: licitud de las grabaciones realizadas por la víctima de manera oculta para el interlocutor y el hallazgo casual.

G. Tal como lo advirtió el exmagistrado Alfredo Beltrán Sierra en el salvamento de voto a la sentencia C-591 de 2005, el establecimiento de una cláusula abierta en temas relacionados con la garantía legal de derechos fundamentales como el caso de la regla de exclusión probatoria es un riesgo que no debe permitirse, pues deja al interprete un margen de discrecionalidad muy amplio que puede operar en desmedro del ámbito de aplicación de los derechos. Bajo esta premisa, con la finalidad de disminuir el ámbito de discrecionalidad, el trabajo se planteó como objetivo determinar y analizar los principales criterios utilizados en el derecho comparado, para luego analizar su validez en el derecho local.

Los criterios foráneos analizados fueron nueve: buena fe (*good faith*), tacha (*impeachment*), error inocuo (*harmless error*), legitimación (*standing*), hallazgo casual, conexión de antijuridicidad, confesión voluntaria del imputado, evidencia ilícita aportada por particular y evidencia ilícita a favor del procesado. Además de estos criterios, se realizó un estudio con base en el derecho comparado sobre los criterios establecidos expresamente por el Legislador colombiano en el artículo 455 del CPP: i) fuente independiente, ii) descubrimiento inevitable y iii) vínculo atenuado.

H. Sobre la conexión o vínculo atenuado (*attenuated connection doctrina*), la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha fijado unos criterios para evaluar la intensidad de la conexión entre el acto ilícito y el elemento de conocimiento sometido al juicio de exclusión: i) tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas, ii) acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de pruebas derivadas,

iii) gravedad de la violación originaria y iv) naturaleza de la prueba derivada. En la medida que se trata de una figura de origen y evolución estadounidense, en Colombia deben tenerse en cuenta estos criterios al momento de su aplicación.

I. La buena fe (*good faith*) establecería un régimen subjetivo para la aplicación de la regla de exclusión: el dolo y la culpa se convertirían en presupuestos sustanciales. Dicho de manera negativa, si el sujeto que generó la conducta que fue base para la obtención o producción del elemento de conocimiento no tenía conocimiento que con su comportamiento estaba realizando un acto antijurídico, y por tanto su voluntad no estaba dirigida a la consumación de un acto con tales implicaciones, no procedería excluir el elemento de conocimiento.

Partiendo de la tesis que la fundamentación preponderante de la regla de exclusión en Colombia es la protección de derechos fundamentales, argumento que se infiere del rango normativo del debido proceso y sus garantías esenciales, se tiene que este criterio no es válido en el ordenamiento jurídico nacional, y por tanto no puede aplicarse.

La buena fe es coherente en ordenamientos jurídicos que edifiquen la regla de exclusión sobre la base de la finalidad del *deterrent effect* pues quien actúa bajo convicción errada no refleja con el acto su intención, por lo que no tendría sentido aplicar una consecuencia tan costosa en términos de justicia como la exclusión si lo que se quiere es prevenir tanto a quien generó el acto (prevención especial) como a la población en general (prevención general) de realizar ese tipo de comportamientos. Cosa diferente ocurre si lo que se persigue al excluir prueba es proteger derechos fundamentales: en este caso, basta con la infracción objetiva al derecho fundamental, sin tener que analizar aspectos como el dolo o la culpa del agente que lo generó, para la aplicación de la regla de exclusión.

J. La tacha (*impeachment*) no es aplicable en Colombia en virtud de la sentencia de constitucionalidad C-210 de 2007 proferida por la Corte Constitucional. Si bien al interpretar de manera equivocada la expresión “podrán ser utilizados para fines de impugnación” (art. 232 CPP) el problema jurídico planteado por la Corte fue el relativo a la regla de exclusión en segunda instancia, en la consideración 35 de la providencia se hace alusión expresa que la evidencia ilícita no podrá ser utilizada con fines de impugnaciones de testimonios.

K. El error inocuo (*harmless error exception*) no es realmente un criterio que afecta la aplicación de la regla de exclusión. Lo que realmente hace la teoría del error inocuo tiene

repercusiones sobre los efectos colaterales que genera la aplicación de la *exclusionary rule*, especialmente cuando su aplicación se omite en primera instancia. Si el error es meramente procesal o de juicio, el juez superior deberá aplicar la exclusión sobre la evidencia ilícita sin afectar la sentencia de instancia cuando existan otros elementos de conocimiento que permitan soportar probatoriamente la condena. Si el error es estructural la consecuencia colateral deberá aplicarse, y en consecuencia anular toda la actuación procesal para que se rehaga. Tanto en uno como en otro caso se afectan derechos constitucionales, pero en el primero sólo en torno al procedimiento probatorio, en cambio en el segundo en torno a la actuación procesal en general.

L. El *standing* norteamericano no es aplicable en Colombia, tanto por expreso mandato legal como por posición fijada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

El artículo 231 CPP, que regula el caso particular de la regla de exclusión en casos de registro y allanamiento, establece que podrá solicitar la exclusión de evidencia: i) el procesado; ii) el titular del derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto del acto de investigación; y iii) quien tenga expectativa de intimidad al momento de la realización del registro. De la comparación de esta regla con la regla del *standing* estadounidense se concluye que el espectro de legitimación es mucho más amplio en el derecho colombiano.

Además de la literalidad de la norma citada que es suficiente para soportar la anterior conclusión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha ratificado esta tesis, resaltando que la regla de exclusión es de naturaleza constitucional y que es parte esencial de las garantías que conforman el debido proceso por lo que no existe ninguna razón para limitar que el procesado solicite directamente su aplicación.

M. La conexión de antijuridicidad de origen español resalta la idea de la imputación como requisito necesario para la aplicación de la regla de exclusión: pone de relieve que no basta con una relación meramente causal-natural entre el acto ilícito y el elemento de conocimiento, sino que se requiere una relación jurídica, guiada por criterios deontológicos en el marco del deber ser. La Sala de Casación Penal no ha sido ajena a esta idea: en varias providencias ha señalado la necesidad de esta relación, e incluso ha utilizado expresamente la expresión conexión de antijuridicidad.

Por lo tanto, esta tesis es plenamente aplicable en Colombia, además de ser conveniente. La relación de imputación es una herramienta útil para armonizar en abstracto los principios constitucionales que entran en tensión con la aplicación de la regla de exclusión.

N. La llamada confesión voluntaria del imputado debe entenderse como una modalidad de fuente independiente, y en ese sentido es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano por expresa disposición del Código Procesal Penal (art. 455) y pronunciamiento sobre su validez constitucional por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005.

Para la aplicación de este criterio debe tenerse en cuenta la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre la confesión en el régimen probatorio del sistema procesal penal con tendencia acusatoria: si bien la confesión no es un medio de conocimiento establecido en la Ley 906 de 2004, el allanamiento y el preacuerdo, como figuras que generan la terminación anticipada del proceso penal con sentencia condenatoria por aceptación de cargos del procesado, implican lógicamente al aceptar la pretensión punitiva la confesión de los hechos jurídicamente relevantes planteados por la Fiscalía. Sin embargo, la aprobación del allanamiento o el preacuerdo por el juez de conocimiento requiere de la acreditación del llamado requisito de mínima evidencia; según este requisito, “incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 ídem)” (SP9379 de 2017)²⁶⁰. Bajo estas ideas, la Corte Suprema ha advertido que además de la aceptación de la responsabilidad penal vía preacuerdo o allanamiento se necesita de elementos de conocimiento adicionales para poder configurar el requisito de mínima evidencia.

Ñ. El hallazgo casual es un criterio de origen español que se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano, especialmente por no verse lesionados injustificadamente derechos fundamentales. Si la afectación de este tipo de derechos sin el lleno de las reglas jurídicas es una condición necesaria para la aplicación de la regla de exclusión de prueba, el hallazgo casual es

²⁶⁰ Esta posición fue inicialmente adoptada por la Corte Constitucional al analizar el alcance de los derechos a la no autoincriminación y a un juicio justo en el marco de las terminaciones anormales que generan sentencia condenatoria del proceso penal regido por la Ley 906 de 2004: “el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad” (C-1195 de 2005).

sencillamente un ejemplo en el que este requisito no se presenta, por lo que la conclusión sobre su validez no puede ser otra sino la de que se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano, y en consecuencia es plenamente aplicable.

Los actos de investigación tienen como requisito el de tener unos objetivos limitados, sobre todo aquellos que lesionan derechos fundamentales. Sólo es posible interceptar líneas telefónicas, realizar registros y allanamientos, búsqueda selectiva en base de datos, si existen motivos fundados, por utilizar la terminología de la normativa colombiana, de que se ha cometido un delito (con las propiedades jurídicas que ello implica: tipo penal en concreto, circunstancia de modo, tiempo y lugar)

Qué sucede si el acto de investigación se ordena con el lleno de las formalidades legales para investigar un posible delito de tráfico de estupefacientes, pero la evidencia hallada versa sobre la posible comisión de otro delito totalmente diferente, como alguno relacionado con corrupción en administración pública. El hallazgo casual da una respuesta a esta pregunta: la evidencia encontrada no es susceptible de exclusión, ya que si bien es cierto escapa al objeto del acto de investigación, su hallazgo responde a una serendipia: hallazgo valioso que se produce de manera accidental o causal.

Ahora bien, debe tenerse precaución con el alcance de este criterio. Si bien su aplicación genera que la evidencia no sea susceptible de exclusión, el Fiscal tiene el deber jurídico, una vez conoce del hallazgo de la evidencia y de la posible comisión de un delito diferente al que inicialmente estaba investigando, de generar una línea de investigación autónoma e independiente a la inicial. Como bien lo dice Farfán Molina (2014), “Los hallazgos que en tal contexto se obtengan de manera casual, deben ser remitidos de forma inmediata (...) al organismo judicial correspondiente” (p.329). Un ejemplo permite expresar de una mejor manera la idea: en el marco de una interceptación telefónica ordenada en debida forma en una indagación de posibles delitos de corrupción en la administración pública, las llamadas interceptadas arrojan información relacionada con el abuso sexual de menores de 14 años por parte de funcionarios públicos; en este tipo de casos, el fiscal una vez tenga conocimiento de la evidencia debe abrir una línea de investigación independiente con base en la nueva información y ordenar una nueva interceptación telefónica; de lo contrario, si la investigación criminal se continua valiendo del acto de investigación inicial, estaría afectándose la intimidad de un tercero

sin el lleno de formalidades legales, lo que podría llegar a hacer base para la aplicación de la regla de exclusión. De lo que se trata en definitiva es de reconocer el efecto accidental del hallazgo casual, pero no por ello permitir que se prolongue indefinidamente en el tiempo.

O. La evidencia ilícita aportada por particular no tiene cabida en el ordenamiento jurídico colombiano. Las principales razones que soportan la negativa son las siguientes: i) la disposición del artículo 29 al establecer, sin distinguir el causante del acto ilícito, que: “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”; ii) la finalidad de protección de los derechos fundamentales no permite una postura flexible ante actos que afecten a este tipo de derechos cometidos por particulares, como si ocurre en sistemas jurídicos como el estadounidense en donde la finalidad preponderante es la disuasión de agentes de policía; y iii) la jurisprudencia en materia civil, laboral y administrativa ha sido concordante en advertir que la regla de exclusión de prueba es aplicable en estas especialidades.

P. La evidencia a favor del procesado es uno de los criterios que pone a prueba no solo la institución de exclusión de prueba ilícita, sino del proceso penal en general. Teniendo en cuenta el papel protagónico de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la posibilidad limitada de renuncia de los derechos fundamentales, especialmente los relacionados con aspectos procesales (Frumer, 2016), y el principio de reducción del error de condena a un inocente que debe guiar el proceso penal moderno (Laudan, 2013), se concluye que el criterio se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano, y por lo tanto un elemento de conocimiento ilícito puede servir de base epistémica exclusivamente para soportar una sentencia absolutoria.

Sin embargo, para su aplicación coherente con los derechos fundamentales, se deben tener en cuenta tres hipótesis: i) el acto antijurídico es cometido por agentes Estado, como sería el caso de interceptaciones telefónicas sin orden del Fiscal; ii) el acto antijurídico es cometido por un tercero, por ejemplo la puesta subrepticia de un micrófono por una persona ajena al proceso penal; y iii) el acto antijurídico es cometido por el acusado o una persona directamente vinculada con su defensa, como el abogado o el investigador privado, un ejemplo sería el adentrarse de manera oculta para obtener una evidencia determinada.

En los dos primeros casos, la evidencia debe admitirse:

Respecto de la evidencia ilícita obtenida en virtud de un acto de investigación realizado por la defensa, la evidencia debe ser excluida en virtud del principio jurídica según el cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa; además la negativa se fundamente en un argumento de política criminal: de aceptarse la evidencia se estimularía a la defensa a obtener elementos de conocimiento violando el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- STC 650/2016 (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 15 de 07 de 2016).
- Aguilera Morales, M. (2008). Regla de exclusión y acusatorio. En L. Bachmaier Winter, *Proceso penal y sistemas acusatorios* (págs. 73-108). Madrid: Marcial Pons .
- Alcaide González, J. M. (2013). *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción. Jurisprudencia práctica comparada con EEUU.* . Málaga : Ley.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambos, K. (Julio de 2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. *Política Criminal*, 4(7).
- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal Alemán. En E. Von Beling, K. Ambos, & Ó. J. Guerrero, *Las prohibiciones probatorias* (págs. 59-145). Bogotá D.C.: Temis.
- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán . En K. Ambos, & O. Guerrero, *Las prohibiciones probatorias* (págs. 59-145). Bogotá : Temis.
- Amparo de revisión 703/2012, 703 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).
- Amparo en revisión 703/2012, 703 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).
- Anaya Ríos, M. Á., & Anaya Ríos, J. L. (mayo-junio de 2016). La prueba ilícita y la regla de exclusión en la Constitución mexicana. *EL Cotidiano*(197), 28-34.
- Aramburo Calle, M. (2010). Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: sobre la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Revista Nuevo Foro*, 6, 29-57.
- Arenas Echeverri , N., Suaza Quintero, S., & Quintero Holguín , A. (2008). *La prueba ilícita y la regla de exclusión* . Bogotá: Leyer.
- Arizona v. Evans, 115 S.Ct. 1185 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1995).
- Arizona v. Fulminante , 499 U.S. 279 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1991).
- Armenta Dea, T. (2014). Los derechos fundamentales y su limitación. Garantías y consecuencias de su vulneración. En T. A. Dea, *Estudios sobre el proceso penal acusatorio* (págs. 169-197). Bogotá: Temis.
- Armenta Deu, T. (2011). *La Prueba Ilícita*. Madrid: Marcial Pons.

- Armenta Deu, T. (2014). *Estudios de Justicia Penal*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Asencia Mellado, J. M. (2017). *La prueba prohibida y prueba preconstituída en el proceso penal*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Axel.
- Asencio Mellado, J. M. (2012). El fundamento constitucional de la prueba ilícita. La autonomía del efecto de su ineficacia. . En M. Bustamante Rúa, *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas de su ineficacia*. (págs. 127-154). Medellín : Universidad de Medellín.
- Asencio Mellado, J. M. (2017). Prueba ilícita. Declaración y efectos. En J. M. Asencio Mellado, *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales* (págs. 1024-1078). México: Derecho Global Editores.
- ATS 1495/2002, 6214/2003 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 12 de junio de 2003).
- Auto , 31500 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 14 de Septiembre de 2009).
- Auto recurso de revisión, 29626 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de Octubre de 2008).
- Auto segunda instancia , 36562 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de Junio de 2012).
- Barron v. Baltimore , 32 U.S. 243 (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos 1833).
- Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano* . Medellín : Comlibros .
- Beling, E. V. (2009). Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. En K. Ambos, & Ó. G. Guerrero, *Las prohibiciones probatorias* (págs. 2-58). Bogotá : Temis.
- Benavente Chorres, H. (2013). *Derecho procesal aplicado* . México : Flores Editor y Distribuidor .
- Berger, M. (1980). *Taking the fifth: the Supreme Court and the privilege against self-incrimination*. Lexington : Lexington Books.
- Berger, R. (1997). *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Second ed.). Indianapolis : Liberty Fund.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. . Bogotá: Universidad Externado.
- Bernal Sarmiento, C. E. (2006). ¿Verdades ilícitas? Acerca de las pruebas ilícitas y su exclusión enl proceso penal colombiano. *Nueva doctrina penal*(1), 29-66.

- Bolaños Arias, C. A. (2009). El debilitamiento de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico penal colombiano. *Diálogos de Derecho y Política*(1), 1-22.
- Boyd v. United States , 116 U.S. 616 (1886).
- Breithaupt v. Abram, 347 U.S. 128 (Supreme Court of the United States 1954).
- Brewer-Carías, A. R. (2013). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. En A. Brewer-Carías, & J. Santofimio Gamboa , *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado* (págs. 43-123). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Brown v. Mississippi , 297 U.S. 278 (Supreme Court of the United States 1936).
- Burbano Cifuentes, G. C. (2011). Tesis de maestría . *Tratamiento de la regla de exclusión en el sistema jurídico colombiano* . Bogotá D.C., Colombia : Universidad Externado de Colombia .
- Byars v. United States , 273 U.S. 28 (Supreme Court of the United States 1927).
- Caballero , J. A., & Natarén , C. (2013). El Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A. En E. F. Mac-Gregor Poisot, J. L. Caballero Ochoa, & C. Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (págs. 1901-1948). México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer.
- Campaner Muñoz, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* . Madrid, España : Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de <http://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)* (Cuarta ed.). Madrid: Trotta.
- Carrasco Daza, C. (enero-diciembre de 2016). La prueba ilícita en materia electoral. Reglas de exclusión diseñadas desde la Constitución. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 131-149.
- Carrió, A. D. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal* . Buenos Aires : Hamnurabi.
- Caso Carlos Angel Daray, 317:1985 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 22 de Diciembre de 1994).
- Caso Charles hermanos y otro, 46:36 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 17 de Julio de 1891).
- Caso Francomano, Alberto D., 310:2384 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 19 de Noviembre de 1987).

- Caso Quaranta, 333:1674 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 31 de Agosto de 2010).
- Ceccolini v. United States, 435 U.S. 268 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1978).
- Chambers v. Maroney , 399 U.S. 42 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1970).
- Chapman v. California , 386 U.S. 18 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1967).
- Chiesa Aponte, E. L. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. I). Puerto Rico: Forum.
- Colombia. Sentencia SU-159, T-426353 (Corte Constitucional 6 de Marzo de 2002).
- Congreso de la República de Colombia . (2003). Gaceta del Congreso n. 564. Bogotá .
- Consejo Superior de la Judicatura. (2005). *El rol de jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá, Bogotá : Consejo Superior de la Judicatura.
- Correa Zacarías, C. (Julio de 2016). La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo. *Política Criminal*, 11(21), 104-139.
- Correa, S. M. (Julio-Diciembre de 2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(113), 351-179.
- Daza González, A. (Abril-junio de 2009). Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, 27, 123-144.
- Daza González, A. (2015). *Evidencia ilícita y cláusula de exclusión* . Bogotá : Ibañez.
- de Urbano Castrillo, E., & Torres Morato, M. Á. (2012). *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*. (Sexta ed.). España: Editorial Aranzadi.
- Devis Echandía, H. (1967). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. Tomo V. De la prueba* . Bogotá: Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia : Temis.
- Díaz Cabiale, J. A., & Martín Morales, R. (2002). La teoría de la conexión de antijudicialidad. *Jueces para la democracia*(43), 39-49.
- Dressler, J. (2013). *Understanding criminal procedure* (Vol. I). United States: LexisNexis.
- Elkins v. Estados Unidos , 364 EE.UU. 206 (Corte Suprema de Justicia 1960).
- Eusamio Mazagatos, E., & Sánchez Rubio, A. (2016). *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Valencia, Colombia : Tirant lo Blanch.
- Farfán Molina, F. (2014). *La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario* . Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica.

- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia* . Madrid : Iustel .
- Ferreira Fajardo, O. L., & Rodríguez Ferreira, L. A. (2015). La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad. . *Tesis de maestría* . Bogotá , Colombia: Universidad Militar Nueva Granada .
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fidalgo Gallardo, C. (2000). *Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América*. Sevilla, Sevilla , España: Universidad de Sevilla.
- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fierro-Méndez, H. (2010). *La prueba ilícita e ilegal. Efectos jurídicos en el proceso penal* . Bogotá: Leyer.
- Fiorentino, 306:1762 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 11 de Noviembre de 1984).
- Florian, E. (1934). *Elementos de derecho procesal penal*. (L. P. Castro, Trad.) Barcelona: Bosch.
- Florian, E. (1995). *De las pruebas penales* (Tercera ed., Vol. I). (J. Guerrero, Trad.) Bogotá, Colombia : Temis.
- Fonseca Luján, R. C. (enero-diciembre de 2016). Prueba ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*.(27-28), 27-53.
- Franks v. Delaware , 438 U.S. 154 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1978).
- Frumer, P. (2016). Variaciones sobre el tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales. En P. Frumer , & I. Villaverde Menéndez , *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas* (págs. 11-38). Madrid: Fontamara.
- Gascón Abellán, M. (2008). Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita . En J. R. Cassió, & R. Vázquez, *Estudios sobre la prueba* (págs. 61-99). México : Fontamara S.A.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Giacomette Ferrer, A. (2015). *Teoría general de la prueba* (Tercera ed.). Bogotá: Ibañez.
- Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (Supreme Court of the United States 1963).
- Gimbertnat Ordeig, E. (2013). *Estudios sobre el delito de omisión* . Buenos Aires : B de F Ltda. .
- Gimeno Sendra, V. (2012). *Derecho Procesal Penal* . España: Civitas & Thomson Reuters .

- Gómez Colomer, J. L. (2010). Complejidades de la prueba en el proceso penal español moderno. En J. L. Gómez Colomer, *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (págs. 17-68). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Gómez Colomer, J.-L. (2008). Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles . *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008.*, 145-188.
- Gómez, M. E. (2011). *Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gössel, K. H. (2007). Las prohibiciones de prueba como límite de la búsqueda de la verdad en el proceso penal . En K. H. Gössel, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho* (págs. 143-167). Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni Editores .
- Gössel, K.-H. (2002). *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídicos-constitucionales y político-criminales*. México D.F.: Porrúa.
- Gouled v. United States , 255 U.S. 298 (Corte Suprema de Justicia 1921).
- Granados Peña, J. E., & Morris Lievano , M. M. (2015). *Principios rectores y garantías fundamentales, sistema penal acusatorio*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Andrés Morales .
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Guerrero Peralta , Ó. (2015). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal* . Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica .
- Hairabedián, M. (2016). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. 2016: Ad-Hoc.
- Harris v. New York, 401 U.S. 222 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1971).
- Heano López, D. P. (2013). Cláusula de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano. *Tesis de Maestría* . Universidad Externado de Colombia .
- Hendler, E. S. (2014). Admisión y exclusión de pruebas . En E. S. Hendler, *Sistemas penales comparados* (págs. 177-218). Buenos Aires : Ediciones Didot.
- Hernández, R. A. (2017). *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Herrera Aldona, E., & Cortés Cubides, J. O. (2011). Prueba ilícita y prueba ilegal. Criterios de diferenciación. *Tesis de Maestría*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre seccional Bogotá.

- Huertas Díaz , O., Prieto Moreno, J., & Jiménez Rodríguez , N. (2015). La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Misión Jurídica*(9), 229-238.
- Huertas Díaz, O., Prieto Moreno, J. C., & Jiménez Rodríguez, N. (Junio-Diciembre de 2015). La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso. *Misión Jurídica*, 229-238.
- Ibarra Palafox, F. (2009). Contra la impunidad: consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cachio en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales*, 427-470.
- Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1987).
- Irvini v. California , 347 U.S. 128 (Supreme Court of the United States 1954).
- James v. Illinois , 493 U.S. 307 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1990).
- Jeschekc, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal* (Quinta ed.). (M. O. Cardenete, Trad.) Granada: Comares.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* . México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kuhn, T. S. (2013). *La estructura de las revoluciones científicas* . México : Fondo de Cultura Económica .
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Leon v. United States , 468 U.S. 897 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1984).
- Lizcano Bejarano, J. E. (2015). *La cláusula de exclusión* . Bogotá D.C. : Ediciones Nueva Jurídica .
- López Barja de Quiroga, J. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lopez Borja De Quiroga, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida* . Madrid : Akal.
- López Medina , D. (2011). *El derecho de los jueces* . Bogotá : Legis.
- López Mora, M. M. (2015). *La regla de exclusión: alcance constitucional y legal* . Bogotá: Ibañez.
- Lustig v. United States , 338 U.S. 74 (Corte Suprema de Justicia 1949).
- Maier, J. B. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. *Nuevo Foro Penal*(60), 135-145.

- Maier, J. B. (2008). Las prohibiciones probatorias . En J. B. Maier, *Antología. El proceso penal contemporáneo* (págs. 771-790). Lima: Palestra Editores .
- Malloy v. Hogan , 378 U.S. 1 (Supreme Court of the United States 1964).
- Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos 1961).
- Massachusetts v. Sheppard , 468 U.S. 981 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Massiah v. United States , 377 U.S. 201 (Supreme Court of the United States 1964).
- Mckaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Medina, D. E. (2011). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Mejía Restrepo, A. F. (2011). Estructuras argumentativas empleadas en al decisión sobre la admisión de la prueba ilícita (Análisis a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana, desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004). *Tesis de Maestría* . Medellín , Colombia : Universidad de Medellín .
- Méndez Díaz, R. A. (Septiembre de 2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano. *Revista Jurídicas CUC*(6), 43-55.
- Méndez Díaz, R. A. (2011). Tesis de maestría. *La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Meneses Pacheco, C. (2014). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*(2), 43-86.
- Michigan v. De Filippo, 443 U.S. 31 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1979).
- Midón, M. S. (2005). *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Segunda ed.). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Milton v. Wainwright , 407 U.S. 371 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1972).
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (Segunda ed.). Barcelona: Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* . Barcelona : Librería Bosch, S.L.
- Miranda Estrampes, M. (Mayo de 2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*(22), 131-151.

- Miranda Estrampes, M. (2013). *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*. México D.F., México: Ubijus.
- Miranda v. Arizona , 384 U.S. 436 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 13 de junio de 1966).
- Monsalve Correa, S. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(113), 351-379.
- Montenegro, 303:1938 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1981).
- Moore v. Illinois , 434 U.S. 220 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1977).
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, 2, 1-39.
- Nardone v. United States , 302 U.S. 379 (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos 1937).
- Natarén Nandayapa, C. F. (2007). El concepto de prueba ilícita en el proceso penal mexicano. Primera aproximación. En S. García Ramírez, & O. De González Mariscal , *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional* (págs. 123-134). México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Natarén Nandayapa, C., & Caballero Juárez, J. (2014). *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*. México : Universidad Nacional Autónoma de México.
- Neira, O. M. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá : Legis.
- Nieva Fenoll, J. (2008). Prueba y presunción de inocencia. *InDret*, 1-23.
- Nix. v. Williams , 467 U.S. 431 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Palacios Ortega , I. K., Rodríguez Castrillón , H., & Carreño Garzón , O. (2017). *Entre el juicio justo & la regla de exclusión de la prueba ilícita*. Bogotá: Universidad Libre seccional Bogotá.
- Parra Quijano, J. (2014). *Manual de Derecho Probatorio* (Decimoctava ed.). Bogotá D.C.: Librería Ediciones Del Profesional Ltda.
- People v. Madison, 520 N.E. 2d 374 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1988).
- Pelaéz Hernandez, R. A. (Enero - Diciembre de 2008). Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano. *Misión Jurídico*(1), 53-72.
- Peláez Hernández, R. A. (2016). Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el Código General del Proceso . En U. Libre, *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 677-718). Medellín : Universidad Libre.

- Peláez Hernández, R. A. (2017). *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Picó I Junoy, J. (2006). La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. En X. Abel Lluch, & J. Picó I Junoy, *Aspectos prácticos de la prueba civil* (págs. 18-45). España: J.M. Bosch.
- Picó i Junoy, J. (2012). El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 35-37.
- Pinilla Arroyave, Y. J. (2011). Tesis de maestría . *as excepciones a la cláusula de exclusión probatoria como derecho penal del enemigo practicado en Colombia* . Bogotá D.C., Colombia : Universidad Externado de Colombia .
- Pizzi, W. T. (2004). *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense* . Madrid : Tecnos .
- Planchadell Gargallo, A. (2010). Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario. En J. L. Gómez Colomer, *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (págs. 101-270). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Planchadell Gargallo, A. (2014). *La prueba prohibida: evaluación jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*. Pamplona, España: Aranzadi SA.
- Polanco Loaeza, E. (2015). *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral* . México : Porrúa.
- Poviña, F. (2013). *Regla de exclusión probatoria* (240 ed.). Buenos Aires : Astrea .
- Quevedo Castillo, L., Guerra Moreno, M., & Alfonso, M. S. (2012). La prueba ilícita en el Ley 906 de 2004 y se exclusión . *Tesis de Maestría* . Bogotá , Colombia : Universidad Libre seccional Bogotá .
- Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano* (Sexta ed.). Bogotá: Temis.
- Ramírez-Mendoza, J. M. (2015). *Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal*. Bogotá : Universidad del Rosario.
- Rayford, Reginald R. y otros, 308:733 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 13 de Mayo de 1986).
- Rea v. Unites States , 350 U.S. 214 (Supreme Court of the United States 1956).
- Reyes Alvaro, Y. (2005). *Imputación objetiva* . Bogotá : Temis .
- Reyes Alvaro, Y. (2005). *Imputación Objetiva* . Bogotá : Temis .
- Rochin v. California , 342 U.S. 165 (Supreme Court of the United States 1952).

- Rodríguez Chocanta, O. A. (2014). *Prueba ilícita penal* (Segunda ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (G. E. Córdoba, & D. R. Pastor, Trads.) Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid : Thomson Civitas .
- Ruiz, Roque, 310:1847 (Corte Suprema de la Nación 17 de Septiembre de 1987).
- Schmerber v. California , 384 U.S. 757 (Supreme Court of the United States 1966).
- Sentencia 19219 (Colombia. Corte Suprema de Justicia Septiembre de Febrero de 2006).
- Sentencia 29416 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 23 de Abril de 2008).
- Sentencia 86/1995, 162 (España, Tribunal Constitucional, 08 de julio de 1995).
- Sentencia Adams v. New York, 192 U.S. 585 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1904).
- Sentencia Alderman v. United States , 394 U.S. 165 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1969).
- Sentencia Amos v. United States, 255 U.S. 313 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1921).
- Sentencia casación , 39661 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 16 de Octubre de 2013).
- Sentencia casación , SP8473-2014 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 02 de Julio de 2014).
- Sentencia casación, 18451 (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 08 de Julio de 2004).
- Sentencia de casación , 25007 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 13 de Septiembre de 2006).
- Sentencia de casación , 36433 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 09 de Agosto de 2011).
- Sentencia de casación, 18103 (Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 02 de Marzo de 2005).
- Sentencia de casación penal, 18451 (Corte Suprema de Justicia 04 de julio de 2004).
- Sentencia de constitucionalidad , C-150 (Colombia, Corte Constitucional, 22 de Abil de 1993).
- Sentencia de constitucionalidad , C-481 (Corte Constitucional 1995 de Noviembre de 1995).
- Sentencia de constitucionalidad , C-217 (Colombia, Corte Constitucional, 16 de Mayo de 1996).
- Sentencia de Constitucionalidad , C-210 (Corte Constitucional 2007).

- Sentencia INS v. Lopez-Mendoza , 468 U.S. 1032 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Sentencia Jones v. United States, 362 U.S. 257 (Corte Suprema de Justicia 1960).
- Sentencia Linkletter v. Walker , 381 U.S. 618 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1965).
- Sentencia Murray v. United States, 487 U.S. 533 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1988).
- Sentencia Nix v. Williams, 467 U.S.431 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Sentencia Olson v. Minnesota , 110 S. Ct. 1684 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1990).
- Sentencia Pueblo v. Costas Elena L.P y Russell McMillan H.A., 181 D.P.R. 49 (Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico 2011).
- Sentencia Pueblo v. Ortiz Rodríguez , 147 D.P.R. 433, 440 (Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico 1999).
- Sentencia Pueblo v. Ramos Santos , 132 D.P.R. 363, 371 (Puerto Rico, Tribunal Suprema de Puerto Rico 1992).
- Sentencia Pueblo v. Rovira Ramos, 116 D.P.R.945 (Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico 1990).
- Sentencia Pueblo v. Valenzuela Morel, 158 D.P.R. 526, 539 (Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico 2003).
- Sentencia Rakas v. Illinois , 439 U.S 128 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1978).
- Sentencia Salvucci v. United States, 448 U.S. 83 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1980).
- Sentencia SP 8473, 37361 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2 de Julio de 2014).
- Sentencia SU159, T-426353 (Corte Constitucional 6 de Marzo de 2002).
- Sentencia única instancia, 31652 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 31 de Mayo de 2012).
- Sentencia United States vs. Janis , 428 U.S. 433 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1976).
- Silverthorne Lumber & Co. v. United States , 251 U.S. 385 (Corte Suprema de Estados Unidos 1920).
- SP10303, 43.691 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 5 de Agosto de 2014).

- STC 441/2017, 71 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 8 de febrero de 2017).
- STC 50, 50 (España, Tribunal Constitucional, 28 de Febrero de 2000).
- STC 81/1998, 108 (España, Tribunal Constitucional, 2 de abril de 1998).
- Stewart, P. (1983). The road to *Mapp v. Ohio* and beyond: The origins, development and future of the exclusionary rule in search-and-seizure cases. *Columbia Law Review*, 1365-1404.
- Stewart, P. (1983). The road to *Mapp v. Ohio* and beyond: The origins, development and future of the exclusionary rule in search-and-seizure cases. *Columbia Law Review*, 83(6), 1365-1404.
- STS 1313/2000, RJ 6176/2000 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 21 de julio de 2000).
- STS 4754/1997, 974/1997 (España, Tribunal Supremo, 4 de julio de 1997).
- STS 5612/2010, 768/2010 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 15 de septiembre de 2010).
- STS 669/2008, 25 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 29 de enero de 2008).
- STS 669/2008, 25 (España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 29 de Enero de 2008).
- Suarez Ochoa, Y. C. (Julio-Diciembre de 2012). La prueba violatoria del debido proceso en Colombia. *Principia Iuris*(18), 313-330.
- Suarez Ochoa, Y. C. (2012). La prueba violatoria del debido proceso en Colombia. *Principia Iuris*, II(18), 313-330.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. (D. A. Scagliotti, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. . Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Tesis de jurisprudencia 139/2011, 160509 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).
- Tesis de jurisprudencia 140/2011, 160500 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).
- Tesis de jurisprudencia I.9o.P. J/14 (10a.), 2008043 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 2014).
- Tesis jurisprudencia 12 (10a)/2014, 2005726 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de Febrero de 2014).

- Tesis jurisprudencia CLXI/2000, 190651 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 2000).
- Tesis jurisprudencial I.5o.P.42 P (10a.), 2010454 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 18 de Septiembre de 2015).
- Tesis jurisprudencial I.9o.P. J/16, 2009552 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 3 de Julio de 2015).
- Tesis jurisprudencial XXXIV/2016, 2010965 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Febrero de 2016).
- Twining v. New Jersey , 211 U.S. 78 (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos 1908).
- Upromny Yepes, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal* . Bogotá : Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Urbano Martínez, J. J. (2005). Prueba ilícita y regla de exclusión. En E. J. Bonilla, *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal* (págs. 283-368). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Urbano Martínez, J. J. (2005). Prueba ilícita y regla de exclusión . En C. S. Judicatura, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (págs. p. 283-373). Bogotá : Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla .
- Urbano Martínez, J. J. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica .
- Vasquez v. Hillery , 474 U.S. 254 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1986).
- Vives Antón, T. (2002). Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los "frutos del árbol emponzoñado" . *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*(4), 5-20.
- Von Beling, E. (2009). *Las prohibiciones probatorias* . Bogotá : Temis .
- Walder v. United States , 347 U.S. 62 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia 1 de Febrero de 1954).
- Waller v. Georgia , 467 U.S. 39 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1984).
- Weeks v. United States , 232 U.S. 383 (Corte Suprema de Justicia 24 de Febrero de 1914).
- Welsel, H. (2011). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* . Buenos Aires : B de F Ltda.
- Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (Corte Suprema de Estados Unidos 1949).
- Wong Sun v. United States , 371 U.S. 471 (Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, 1963).

Zaffaroni, R. E. (2002). *Derech Penal. Parte General* . Buenos Aires : Ediar.