

INFORME FINAL

**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)**

ANDRÉS FERNANDO MEJÍA RESTREPO
Investigador

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
SEGUNDA COHORTE
MEDELLÍN
2011**

INFORME FINAL

**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)

ANDRÉS FERNANDO MEJÍA RESTREPO
Investigador

Asesora temática: Liliana Damaris Pabón

Asesora metodológica: Alba Luz Muñoz



**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
SEGUNDA COHORTE
MEDELLÍN
2011**



Nota de aceptación:

Asesor

Asesor

Pereira, Noviembre de 2011

CONTENIDO

	PAG
1. TÍTULO	12
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
3. MARCO TEÓRICO	20
INTRODUCCIÓN	20
CAP. 1. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	24
1. Breve antecedente de la función de juzgar.	24
2. Definición de argumentación jurídica.	27
3. Autores, planteamientos y teorías relevantes en torno a la argumentación jurídica.	31
3.1. La nueva retórica de Chaïm Perelman.	31
3.1.1. Objeto y concepto de la argumentación, principio de adhesión.	32
3.1.2. El auditorio.	33
3.1.2.1. Auditorio universal y auditorio particular.	33
3.1.3. Principio de adaptación.	34
3.1.4. Persuadir y convencer.	34
3.1.5. El punto de partida.	35
3.2. El modelo argumentativo de Stephen Toulmin (lógica informal).	36
3.2.1. La forma de los argumentos.	38
3.2.1.1. Modelo simple.	38
Tipos de argumentos.	38
3.3. Theodor Viehweg y la Tópica.	39
Crítica y conclusión del planteamiento de Viehweg.	41
3.4. Teoría de la justificación de las decisiones legales de MacCormick	42
Casos difíciles.	43
Justificación de segundo nivel (o justificación externa).	44

Argumentos de consistencia.	45
Argumentos de coherencia.	45
Argumentos consecuencialistas.	46
Críticas y conclusiones del planteamiento de MacCormick.	47
3.5. La teoría procedimental de Robert Alexy.	48
3.5.1. Las reglas y formas del discurso práctico general.	49
3.5.1.1. Las reglas fundamentales.	49
3.5.1.2. Las reglas de razón.	50
3.5.1.3. Las reglas sobre la carga de la argumentación.	50
3.5.1.4. Las formas de argumento.	51
3.5.1.5. Las reglas de fundamentación.	52
3.5.1.6. Las reglas de transición.	53
Precisiones respecto del discurso práctico general.	54
3.5.2. Reglas y formas del discurso jurídico.	55
La tesis del caso especial.	55
3.5.2.1. La justificación interna (reglas y formas).	55
3.5.2.2. La justificación externa (formas y reglas).	56
3.6. Teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza.	58
CAP. 2. PRUEBA ILÍCITA.	65
1. Definición de la prueba ilícita.	65
2. Referencia histórica de la prueba ilícita en el Common Law.	69
3. Tratamiento de la prueba ilícita en algunos ordenamientos.	76
4. Clases de prueba ilícita.	80
a. Prueba directa.	80
b. Prueba derivada, efectos reflejos.	80
4.1. Diferencia entre la prueba ilícita y la prueba ilegal.	81
5. Excepciones generales a la exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos y España.	85
a. La fuente independiente.	86

b. El hallazgo casual.	88
c. El descubrimiento inevitable (Inevitable Discovery Doctrine).	89
d. Excepción de atenuación o irregularidad saneada (nexo causal atenuado o vínculo atenuado).	90
e. La buena fe.	92
f. La conexión de antijuridicidad (España).	93
Posición crítica frente a la teoría de la conexión de antijuridicidad.	95
6. La prueba ilícita en Colombia.	96
6.1. Regulación constitucional.	97
6.2. Antecedentes constitucionales.	97
6.3. El debido proceso.	104
6.4. Regulación legal de la prueba ilícita.	106
6.5. Efecto procesal de la prueba ilícita.	113
6.6. Diferencias jurisprudenciales en Colombia entre la prueba inconstitucional y la prueba ilícita.	117
6.7. Ausencia de la excepción de buena fe en el artículo 455.	119
CAP. 3. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS QUE DEBEN EMPLEAR LOS FUNCIONARIOS JURISDICCIONALES EN UNA DECISIÓN JUDICIAL	124
1. Determinación de las estructuras argumentativas jurídicas.	124
La justificación de las aserciones.	128
2. Estructuras argumentativas jurídicas desde la doctrina.	128
2.1. Modelo argumentativo de Toulmin.	128
Pretensión (Claim (C)).	128
Razones o datos (Grounds (G)).	129
Garantía (Warrant (W)).	129
Respaldo (Backing (B)).	130
Cualificadores modales (Qualifiers (Q)).	130
2.2. Modelo de Manuel Atienza.	131
Relación de argumentos entre sí (aspecto semántico, sentido de los enunciados).	131

Aspecto pragmático.	132
Ejemplo en el que se refleja la viabilidad y utilidad del modelo.	133
3. La justificación interna.	135
4. La justificación externa.	138
4.1. Formas y reglas de la justificación externa según Robert Alexy.	138
4.1.1. Interpretación (reglas y formas).	138
4.1.1.1. Sobre las formas concretas de argumentos-cánones de interpretación.	139
• Formas de interpretación semántica (argumento semántico).	139
• Formas de interpretación genética (argumento genético).	140
• Forma fundamental de interpretación teleológica (argumento teleológico).	140
4.1.1.2. Reglas.	140
4.1.2. Argumentación dogmática (Reglas).	142
4.1.3. Uso de los precedentes (reglas más generales).	143
4.1.4. Argumentos jurídicos según Robert Alexy (Formas especiales).	143
a. Forma de argumento e contrario.	143
b. Forma de argumento analógico.	143
c. Forma de argumento ad absurdum.	143
Regla de las formas especiales de argumentos jurídicos.	143
4.2. La justificación de segundo nivel de MacCormick.	143

4.3.	Tipos de argumentos.			145
a.	Argumento	analógico.		
	145			
	Límites a la analogía.			146
b.	El argumento a partir de los principios.			
	147			
c.	Argumento	sistemático.		
	148			
	c.1. Argumento a cohaerentia.			148
	c.2. Argumento Sedes Materiae.			148
	c.2.1. Argumento A Rúbrica.			149
d.	Argumento	A	Fortiori.	
	149			
e.	Argumento	a	contrario.	
	150			
f.	Argumento	Psicológico.		
	151			
g.	Argumento	de la no	redundancia.	
	151			
h.	Argumento	Apagógico o ad	absurdum.	
	151			
i.	Argumento	pragmático.		
	152			
j.	Argumento	de	autoridad.	
	153			
k.	Argumento	histórico.		
	153			
l.	Argumento	teleológico.		
	154			

5.	Posición del autor frente a las estructuras argumentativas.	154
3.1.		E
	STRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EN LA DECISIÓN SOBRE PRUEBA ILÍCITA	159
	CAP. 4. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LAS SENTENCIAS PROFERIDAS DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004, PARA DECIDIR SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.	163
	4.1. BÚSQUEDA EN CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL.	166
1.	Página de la Corte Suprema de Justicia.	166
2.	Página Lexbase - Corte Suprema de Justicia- sala penal.	168
a.	Criterio: prueba ilícita.	168
b.	Criterio: Fuente independiente.	170
c.	Criterio: descubrimiento inevitable.	170
d.	Criterio: vínculo atenuado.	171
e.	Criterio: excepciones a la cláusula de exclusión.	171
f.	Criterio: cláusula de exclusión.	171
3.	Análisis de las sentencias halladas.	172
	• Casa porque considera que la prueba es ilícita.	173
	• Inadmite el recurso (extraordinario de casación o de apelación) (I).	173
	• No casa (N).	183
	• No casa porque la prueba no es ilícita (NI).	185
	• No casa porque a pesar de que la prueba es ilícita, existe una causal o excepción a la regla de exclusión (NEXC).	188
	• No casa, aunque reconoce que la prueba es ilícita, porque hubo otras pruebas en las que se fundamentó el fallo (NNEXC).	188
	• Casa pero por otros motivos, es decir, la prueba es lícita (CL).	189
	• Casa parcialmente (CP).	190

• Confirma la apelación.	192
• No casa porque la prueba ilícita ya había sido excluida.	193
• Se inhibe de fallar.	193
4.2. BÚSQUEDA DE PROVIDENCIAS EN CORTE CONSTITUCIONAL	195
1. Página de la Corte Constitucional.	195
2. Página Lexbase - Corte Constitucional.	196
a. Criterio: prueba ilícita.	196
b. Criterios: Fuente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado.	197
c. Criterio: cláusula de exclusión.	198
d. Criterio: excepciones a la cláusula de exclusión.	198
3. Análisis de las sentencias halladas.	198
• Fallos judiciales proferidos clasificados por años.	200
• Providencias clasificadas por su tipo.	200
Sentencias de constitucionalidad.	200
Sentencias de tutela.	201
Autos.	202
• Sobre las sentencias de constitucionalidad.	202
Solo hace una referencia marginal sobre la prueba ilícita.	203
No se hace referencia alguna a la prueba ilícita.	204
• Sobre las sentencias de tutela.	205
Solo hace una referencia marginal sobre la prueba ilícita.	208
No se hace referencia alguna a la prueba ilícita.	211
• Sobre los autos.	212
4.3. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EN SENTENCIAS MEDIANTE LAS QUE SE ADMITEN PRUEBAS ILÍCITAS.	216
A. SENTENCIA 30711 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 27 DE MAYO DE 2009.	216
Hechos relevantes del caso.	216
Fundamento de la impugnación.	217
Problema jurídico.	219

Consideraciones de la Corte.	219
• Respecto de la ilegalidad del registro del vehículo automotor.	221
• Sobre la ilegalidad de la consulta a la base de datos de COMCEL.	223
Decisión de la Corte Suprema de Justicia.	224
Ratio decidendi.	225
Análisis de estructuras argumentativas.	225
Análisis.	227
Conclusiones.	228
1. Estructura argumentativa interna (justificación interna).	228
2. Estructura argumentativa externa (justificación externa).	228
3. Tipo de excepción a la regla de exclusión utilizada.	230
4. OBJETIVOS	234
4.1. OBJETIVO GENERAL	234
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	234
5. PROPÓSITO	235
6. HIPÓTESIS	236
7. METODOLOGÍA	237
7.1. TIPO DE ESTUDIO	237
7.2. POBLACIÓN	237
7.3. UNIDAD DE ANÁLISIS	237
7.4. DISEÑO MUESTRAL	238
7.5. DISEÑO DEL PLAN DE DATOS	238
7.5.1. GESTIÓN DEL DATO	238
7.5.2. OBTENCIÓN DEL DATO	238
7.5.3. RECOLECCIÓN DEL DATO	239
7.5.4. CONTROL DE SESGOS	239
7.5.5. PROCESAMIENTO DEL DATO	240
7.5.6. PRUEBA PILOTO	240
7.5.7. PLAN DE ANÁLISIS	241
8. RESULTADOS	243

9. CONCLUSIONES	248
10. RECOMENDACIONES	251
11. ÉTICA	252
12. BIBLIOGRAFÍA	253
13. ANEXOS	277

1. TÍTULO.

**ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EMPLEADAS EN LA DECISIÓN JUDICIAL
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)

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Corte Constitucional de Colombia sostiene ¹ que existen fundamentalmente dos fuentes jurídicas para pruebas que deben ser excluidas en cualquier proceso, a saber: i) la prueba inconstitucional que resulta de la adecuación de los supuestos de hecho a la disposición prevista en el artículo 29 de la Constitución política de Colombia² y, ii) la prueba ilícita, que se obtiene con violación de garantías de las partes procesales, sin embargo, esta clasificación no goza de plena aceptación dogmática y en últimas es una simple tipificación doctrinal³. Lo realmente relevante (por lo menos provisionalmente) es el hecho cierto y verificable de que existen un tipo de pruebas que por determinados motivos tienen que ser excluidas del proceso, es decir, no pueden ser tenidas en cuenta por parte del juzgador como elemento de juicio y convicción para decidir. En términos de Taruffo: *“precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante”*⁴, es un concepto típico de la tradición anglosajona y es denominado *exclusionary rules* tal y como refiere Taruffo: *“Son de este tipo las reglas de exclusión de pruebas que serían lógicamente relevantes pero que violarían reglas de privacy o de defensa de secretos de distinta naturaleza, como las que el law of evidence recoge en la categoría homogénea de los privilegios”*⁵.

La determinación respecto de qué tipo de pruebas deben ser excluidas requiere de un análisis y una decisión de tipo valorativo como lo afirma Jordi Ferrer⁶. Esa

¹ Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda. Corte Constitucional.

² *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

³ Da cuenta de esa situación la clasificación también confeccionada por la Corte Suprema de Justicia en una providencia respecto de las pruebas que deben ser excluidas cuando son aducidas en el curso de un proceso jurisdiccional, en efecto, en sentencia de Sala de Casación Penal, del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.:

“Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas (.....) La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales”

⁴ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Editorial Trotta. Segunda edición. 2005. p.347.

⁵ *Ibíd.* p. 363.

⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2007. p. 80: 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

decisión corresponde al legislador⁷, permitiendo de entrada, un campo mínimo de decisión al juez, sin embargo, el hecho de que existan unas reglas predeterminadas respecto de la admisión o exclusión de pruebas, no puede significar un obstáculo para que el juez racionalmente realice un estudio respecto de determinada prueba aportada en cierto proceso⁸, es más, no debe dudarse de la posibilidad de la que goza el juez para determinar si la prueba a pesar de deber ser en principio excluida, puede ser eventualmente admitida⁹:

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes..... Para esto existen, al menos, cuatro razones.....(4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales¹⁰.

La aceptación o negación de la posibilidad que descansa en cabeza del juez de adelantar un ejercicio de ese tipo será imperiosamente dirigida por la posición de quien argumenta, respecto al objeto del proceso; en ese sentido, se pueden identificar planteamientos diferentes de tipos de objetivos institucionales del proceso; en efecto, la resolución pacífica de conflictos¹¹, la “impartial administration of justice or of the law” expuesta por Ladd¹² y la verdad (propuesta en la que tiene mucha influencia el utilitarismo de Bentham) son fácilmente

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.

⁷ *Ibíd.* p. 80: El legislador deberá adoptar una decisión respecto de la ordenación de los valores en conflicto y esa decisión sólo podrá ser juzgada desde patrones valorativos.

⁸ ALEXI, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Segunda edición. 2007. p. 181:

“la historia de la ciencia o del Derecho procesal, por ejemplo, muestra que la práctica usual en un determinado momento no sólo no es la única posible, sino que tampoco tiene por qué ser la mejor”. Significa esto que no siendo el derecho más que una ciencia creada sobre la base de la argumentación y la realidad cambiante, no se puede sin más, cerrar la puerta a discusiones racionales que pretendan plantear y motivar una posición diferente de la aceptada por la generalidad o la escogida por los legisladores.

⁹ *Ibíd.* p. 44: *“Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna....”*

¹⁰ *Ibíd.* p. 24.

¹¹ TARUFFO, Op. Cit. p. 38.

¹² ALEXI, Op. Cit. p. 179

identificables como denominador común en autores que han abordado la materia, uno de los exponentes del último de los objetivos referidos es Ferrer Beltrán, cuando afirma que: “...sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”¹³.

Corolario de lo anterior: “la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes”¹⁴.

Alexy señala la importancia de determinar un fin para la racionalidad del discurso, que para lo que interesa, es claramente el del proceso: “La argumentación jurídica puede ser consistente, no contravenir los principios de racionalidad de los fines, apoyarse sólo en enunciados empíricos verdaderos y, sin embargo, por ejemplo, a causa del fin que le sirve de fundamento, ser considerada <<irracional>>”¹⁵.

Sin embargo, inclinarse por una posición que defienda la verdad como objetivo del proceso, aun no dice mucho, “Es más, en ciertos aspectos esa definición provoca más problemas de los que resuelve”¹⁶, y aún “si se asume que la verdad de los hechos en el proceso es teóricamente posible e ideológicamente necesaria, queda por verificar su posibilidad práctica”¹⁷.

Es inconveniente y aventurado determinar desde ahora cuál de esos fines es el apropiado adoptar o cuál de esas perspectivas se adecúa más para permitir la

¹³ FERRER BELTRÁN, Op. Cit. p. 30.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Op. Cit. p. 30.

¹⁵ ALEXY, Op. Cit. p. 279.

¹⁶ TARUFFO, Op. Cit. p. 87.

¹⁷ TARUFFO, Op. Cit. p. 71.

admisión de pruebas ilícitas (lo que se estudiará a lo largo del proyecto), lo que sí es dable en este momento es dar por sentado sin importar (temporalmente) cuál de las posiciones se prefiera, que la prueba ilícita puede ser admitida (por las razones esgrimidas arriba). No obstante, siendo cual fuere la posición que se adopte respecto del objetivo del proceso, no se puede perder de vista que junto a éste existen una gamma de fines igualmente válidos y de similar nivel epistemológico:

Ahora bien, la averiguación de la verdad es un fin en algún sentido prioritario del proceso en materia de prueba, pero no es en absoluto el único. La celeridad en la toma de decisiones, la protección de derechos fundamentales..... son también fines habitualmente reconocidos en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos¹⁸.

Y ni siquiera debe irse tan lejos (colisión de intereses y fines) para constatar las grandes dificultades a las que se debe enfrentar la admisión de la prueba ilícita, efectivamente, es presupuesto para la admisibilidad de cualquier prueba su relevancia, presupuesto del que se debe predicar un nivel definitorio al momento de efectuar el test de relevancia, criterio típicamente lógico en concepto de Taruffo¹⁹. Lo que es común a cualquier tipo de dificultad que se presente de cara a la admisión de la prueba ilícita en un caso concreto, es la complicada situación discursiva en la que se hallará el juzgador para legitimar su decisión, por ese motivo, *“en la medida en que sea posible la argumentación jurídica racional depende....también la legitimidad de las decisiones judiciales”*²⁰, es claro también, que esa *“racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea de discurso práctico racional.”*²¹, discurso práctico general que sirve siempre de base y es la generalidad en la que se sumerge la argumentación jurídica según la concepción de Alexy.

¹⁸ FERRER BELTRÁN, Op. Cit. p. 77.

¹⁹ TARUFFO, Op. Cit. p. 364.

²⁰ ALEXY, Op. Cit. p. 279.

²¹ ALEXY, Op. Cit. p. 177.

La investigación que hasta ahora se propone es de la mayor relevancia e intenta desarrollar elementos no escudriñados; justamente, *“son necesarios estudios analíticos sobre la estructura argumental de las diferentes decisiones..... así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso”*²². La teoría de la argumentación jurídica permanece tal y como originalmente fue planteada, como teoría, este es un momento propicio para contrastar dicho planteamiento con la práctica:

Pienso a veces, valga la metáfora, que el ordenamiento jurídico es como una máquina de justa solución de conflictos. Pues bien, el jurista teórico conoce a la perfección esta máquina; ha analizado de una manera exhaustiva su interna estructura; sabe la situación exacta de cada una de sus piezas, de cada uno de sus engranajes; sabe cuáles son las sustancias que alimentan la máquina; cuáles las que lubrican y cuáles las que alteran o perjudican su mecanismo. Pero nunca ha visto funcionar esta máquina; casi diría que ni siquiera ha pensado en que la máquina funciona, ni en lo que ocurre o puede ocurrir cuando la máquina funciona.

La jurisprudencia representa algo así como la máquina en funcionamiento. En ningún otro momento como en el momento jurisprudencial, se enlazan tan íntimamente la teoría y la práctica del Derecho. En ninguna otra fuente quizás se aprenda mejor lo que el Derecho es²³.

Lo escrito y traído por analogía es perfectamente predicable de la teoría de la argumentación jurídica. Y aunque de conformidad con lo expuesto puede plantearse válidamente que lo que se pretende revisar en esta investigación es si en tratándose de la decisión sobre la admisión de la prueba ilícita, la argumentación base para admitirla cumple con la pretensión de corrección jurídica: *“esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente*

²² ALEXY, Op. Cit. p. 46.

²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. La Doctrina de los Propios Actos. Barcelona: Bosch, 1963. p. 85.

*puedan ser racionalmente fundamentadas*²⁴, dicho objetivo trascendería las barreras de lo que se propone, solo la identificación de las estructuras argumentativas que usan los operadores jurídicos para admitir pruebas ilícitas, no el análisis la pretensión de corrección del postulado.

En ese sentido, se revisarán las formas de argumentos usados por los operadores jurídicos si es que existen, toda vez que *“hay que admitir que un análisis de las formas de argumento todavía no nos aporta nada sobre cómo hay que argumentar en cuanto al contenido”*²⁵, revisando a su paso la justificación interna y externa de las premisas y las formas de argumentos.

La investigación que se procura reviste la mayor necesidad, además de observarse un vacío y una dificultad en el tema a nivel nacional. De una parte, lo anunciado, el paso de la teoría a la práctica, y por otro, es un tema no pacífico que plantea de entrada la conjunción de temas tan diversos y complejos como la teoría de la argumentación jurídica y la teoría general del derecho, y si se antoja, la concepción del derecho mismo.

También es pertinente señalar que aunque la investigación que se inicia conjuga temas de diferentes ámbitos del derecho, el análisis principal se deberá centrar en el elemento argumentativo, cual es la prioridad y el interés específico de la investigación, develar la forma como se argumenta en la esfera ya alinderada.

Acorde a lo anterior, se formuló el siguiente problema de investigación:

¿Cuáles son las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba ilícita, específicamente en las sentencias de la

²⁴ ALEXY, Op. Cit. p. 213.

²⁵ ALEXY, Op. Cit. p. 138.

Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004?.

3. MARCO TEÓRICO

INTRODUCCIÓN

Se pretende mediante la investigación que se intenta una identificación en primera instancia de los argumentos que usan los jueces de las altas Corporaciones enunciadas en el tiempo fijado, el “razonamiento que deben realizar los jueces en la valoración de la prueba”²⁶, en la arista de pruebas ilícitas o excluidas, es decir, la motivación que con el objeto de justificar la admisión de pruebas ilícitas éstos esgrimen, y, en un segundo momento, un análisis de la validez interna y externa de las premisas constitutivas de la decisión judicial.

La teoría de la argumentación jurídica ha sido conocida en Colombia, principalmente por las aportaciones de dos filósofos, el de mayor relevancia, o por lo menos al que más se recurre como voz de autoridad quizá por haber confeccionado hasta ahora la teoría más completa sobre la materia es Robert Alexy, quien al plantear la tesis del caso especial del discurso jurídico inmerso en la generalidad del discurso práctico general y tomando como base para el desarrollo de este discurso en forma de “código de la razón práctica”²⁷, la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas²⁸, ha permeado hasta los más mínimos niveles, no solo en ámbitos jurisdiccionales, sino que es de obligatoria referencia en cualquier tipo de discusión jurídica sobre el tema. Chaïm Perelman por su parte, es también autor ineludible cuando de argumentación jurídica se trata, en su obra, tratado de la argumentación²⁹ “*rompe con una concepción de razón y del razonamiento debido a Descartes*”³⁰ y pretende ampliar la concepción de

²⁶ FERRER BELTRÁN, Op. Cit. p. 96.

²⁷ SEOANE, José Antonio. Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. En: SERNA, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. Granada: Editorial comares. 2ª edición. 2005. p. 129

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid. Cátedra. 2ª edición, 1994.

²⁹ PERELMAN, Chaïm y Lucie Olbrechts Tyteca. Tratado de la argumentación: La nueva retórica. Madrid. Gredos. 2009.

³⁰ MANASSERO, María de los Ángeles. La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. En: SERNA, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. Granada. Editorial comares. 2ª edición. 2005. p. 18.

razón, “de manera que se muestre la racionalidad de las técnicas argumentativas y de la retórica como teoría del discurso persuasivo”³¹.

Más allá de estos dos autores, en términos generales, en esferas jurídicas, poco se conoce respecto de aportes a la argumentación jurídica efectuados por otros teóricos, no obstante, son esos desconocidos autores los que han realizado contribuciones que sirven de sustento para desarrollos más complejos, como el de Alexy; él mismo da cuenta de esta situación en su obra “Teoría de la argumentación jurídica”, justamente, Stevenson³², Wittgenstein³³, Austin³⁴, Hare³⁵, Toulmin³⁶, Baier³⁷, Viehweg³⁸ (quien goza también de cierto reconocimiento al igual que Toulmin), Habermas y Bentham guían los postulados de Alexy, tales como la necesidad de argumentar racionalmente “*aun donde no son posibles fundamentaciones concluyentes*”³⁹, la inclusión de reglas diferentes de las de la lógica y la gramática “que sirven de base al lenguaje en cuanto acción”⁴⁰, la regulación del lenguaje por parte de reglas previamente establecidas⁴¹ los principios de Universalidad⁴², de inercia⁴³ y la necesidad de saturación, entre otros.

En el ámbito probatorio, existen exponentes reconocibles que han abordado el tema de la prueba ilícita, figura, que como ya se indicaba, no ha tenido un manejo pacífico en la doctrina, entre ellos sobresalen en Colombia, Michele Taruffo, autor contemporáneo que con sus múltiples obras, goza de alto grado de

³¹ PERELMAN, Chaïm. El imperio retórico, retórica y argumentación. Bogotá. Norma. 2004. p. 210.

³² STEVENSON, Ch. L., Ética y lenguaje. Madrid. Paidós. 1984.

³³ WITTGENSTEIN, L. tractatus lógicos-philosophicus, Madrid. Alianza. 1987.

³⁴ AUSTIN, J.L. Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona. Paidós Ibér. 1982.

³⁵ HARE, R. M. El lenguaje de la moral. Ciudad de México. Universidad autónoma de México. 1975.

³⁶ TOULMIN, St. E. El puesto de la razón en la ética. Madrid. Alianza. 1979.

³⁷ BAIER, K. The moral point of view. London. Ithaka. 1958.

³⁸ VIEHWEG, Th. Tópica y Jurisprudencia. Madrid. Taurus. 1964.

³⁹ ALEXY, Op. Cit. p. 42. Aspecto que recoge Alexy de la Tópica de Viehweg.

⁴⁰ ALEXY, Op. Cit. p. 42. Aporte de la teoría de los actos de Austin.

⁴¹ Concepto que recoge de Wittgenstein.

⁴² De Hare.

⁴³ Aporte de Perelman.

reconocimiento, en la misma línea se pueden nombrar a Jordi Ferrer⁴⁴ y Marina Gascón Abellán⁴⁵ y clásicos tales como Cappelletti⁴⁶ y Carnelutti⁴⁷, uno de los cuales, parece tener una posición diferente de la sostenida por Ferrer Beltrán sobre la prueba ilícita: *“La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple, cuando estamos frente a elementos de prueba directamente viciados: éstos deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto”*⁴⁸.

Volviendo sobre la argumentación, es evidente, que los precursores de conceptos básicos y fundamentales para la teoría de la argumentación jurídica, poco interés podrían experimentar en explorar teorías discursivas en esferas jurisdiccionales, más se puede observar, que la génesis de la hoy teoría de la argumentación jurídica se dio en espacios filosóficos interesados por actos del lenguaje, juicios de valor (tales como “bueno” y “debido”⁴⁹) y teorías sobre la comunicación, es por ese motivo, que Alexy toma el discurso práctico general y las diferentes reglas planteadas por los teóricos, e intenta adecuarlas al discurso jurídico; esa situación se puede describir como un “salto cualitativo”, toda vez que a partir de elementos en principio tocantes solo tangencialmente con el derecho, se adecúa una teoría que es plenamente aplicable a la ciencia del derecho, y de manera trascendental al razonamiento y la motivación de la decisión judicial.

Precisamente es allí en donde reside el impacto y el beneficio de esta investigación, se procura un “salto cualitativo”, no ya de un ámbito a otro, tal y

⁴⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid. Marcial Pons. 2ª edición. 2005.

⁴⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. Madrid. Marcial Pons. 2ª edición. 2004.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro “Diritto di azione e difesa e Funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale” Giust. Cost., 1961

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. “Diritto dell’ imputato agli sperimenti sul suo corpo” Riv. Dir. Proc., 1956.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: Ejea. 1972. p. 147.

⁴⁹ Por ejemplo en la teoría metaética de Hare.

como Alexy lo hizo, sino de la teoría a la práctica. Carnelutti acertadamente afirma: *"el problema de la valoración de la prueba es sin duda uno de los más graves del proceso. En el cincuenta por ciento de las veces, por no decir más, de ella depende la justicia de la decisión"*⁵⁰. No se buscará ya hablar en términos gaseosos, sino que se intentará concretar la abstracción de las teorías en el momento de la admisión a la etapa valorativa de la prueba, en este caso, de la ilícita.

Planteada como está la controversia que genera tratar el tema de admisión de la prueba ilícita, se obtendrá un claro beneficio y un alto impacto en el sector académico al ventilar de manera metódica las soluciones que los jueces plantean desde la satisfacción de cargas argumentativas con el objeto de admitir pruebas prohibidas. Dicho impacto no podrá solamente ceñirse a espacios académicos, por el contrario, otras áreas serán necesariamente permeadas tales como la jurisdiccional; en efecto, los jueces podrán tener como referencia la investigación que se ejecutará, toda vez que, sobre el estudio sistemático de las estructuras argumentativas y la evaluación de las justificaciones interna y externa de las mismas, los operadores judiciales podrán edificar armazones argumentativos sólidos para legitimar la admisión de pruebas ilícitas. El impacto también se verá reflejado en las personas que se someten a la jurisdicción, toda vez que, existirá una certidumbre jurídica respecto de cómo éstos pueden esperar que los jueces actúen frente a una situación determinada ante ellos ventilada; es decir, el beneficio será de la más alta valía entre los asociados.

CAPÍTULO 1

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el primer capítulo del marco teórico se desarrollará un aspecto fundamental para el objetivo específico 2 del proyecto de investigación, esto es, la teoría de la

⁵⁰CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires. 1952, V.II, p. 112.

argumentación jurídica, que se erige como el sustrato fundamental a efectos de identificar la argumentación jurídica que se debe emplear en la decisión judicial con relación a la prueba ilícita; en ese sentido, el lector encontrará algunas referencias sobre el tema de la argumentación jurídica, iniciando con una nota sobre la función de juzgar para después darle paso a la definición de argumentación jurídica, continuando con una corta descripción de los autores y sus respectivas teorías sobre la materia.

1. Breve antecedente de la función de juzgar

Tradicionalmente la función jurisdiccional ha sido identificada con la de administrar justicia, esta denominación resultaba propicia⁵¹, toda vez que, los jueces decidían en cada caso de conformidad con la voluntad del rey, voluntad erigida en ley⁵²; en efecto, es vestigio histórico del vocabulario designar a la jurisdicción como la función de administrar justicia tal si fuera una delegación del poder ejecutivo⁵³, que es el encargado por naturaleza de la tarea de administrar. Con la Revolución Francesa y el advenimiento del concepto de la soberanía popular⁵⁴, el poder legislativo se constituye en el depositario de la confianza del pueblo y en único conecedor e intérprete autorizado de las necesidades, contingencias y acontecimientos de la sociedad. Conocimientos que refleja en la ley; acto a su vez, legítimo para regular el actuar del hombre social.

⁵¹ En la forma de gobierno monárquica absoluta.

⁵² En virtud de la doctrina denominada el derecho divino de los reyes.

⁵³ El poder judicial del Estado no fue contemplado en principio por el planteamiento génesis de la teoría de la tridivisión del poder tal y como uno de ellos; en realidad, John Locke no define la función judicial como un poder autónomo y alude a éste como el poder federativo y considera en su obra "Ensayo sobre el gobierno civil" que la función federativa y el poder ejecutivo suelen encontrarse reunidos, y, que es difícil separarlos. Véase LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. México. Editorial Porrúa. 3ª edición. 2003.

⁵⁴ En la constitución francesa de 1793 se estableció que la soberanía reside en el pueblo que de conformidad con la teoría del Contrato social de Rousseau atribuye a cada asociado una parte igual de la autoridad soberana, siendo entonces el sufragio universal un pilar fundamental de la democracia y el poder legislativo la máxima expresión de libertad y autonomía del pueblo.

Ante los temores fundados que despertaba la tarea del juez (por el papel que desempeñaba en la forma de gobierno monárquico absoluto, función confundida aún en las bases teóricas –planteamiento de John Locke- de la moderna concepción del estado con la desarrollada por el poder ejecutivo) y considerando que el legislador podía, debía y de hecho, contemplaba y plasmaba en la ley todos los hechos que debían ser regulados⁵⁵, se limitaron al máximo las tareas que desempeñaban los jueces, llegando al punto de describirlas simplemente como la voz o la boca de la ley (pasando entonces los jueces de ser delegatarios de la función de administrar a ser delegatarios de la función legislativa)⁵⁶; de modo tal, que campos de la creación del derecho le estaban vedados. Debía circunscribir su ejercicio exclusivamente a adecuar los hechos a los presupuestos establecidos en las normas, de tal suerte, que ninguno de éstos podían quedar fuera de los moldes dispositivos generados por el legislador (concepto de completitud del ordenamiento jurídico); en efecto, *“los hechos están ahí y su prueba es un proceso objetivo en el que no queda margen para la evaluación personal del juzgador; las cosas son o no son, y son o no con independencia de las opiniones del juez”*⁵⁷.

La escuela de la exégesis⁵⁸ plantea, por tanto, que el juez encontrará para cada caso concreto la única respuesta y forma de decidir en las normas que previamente han sido promulgadas, dicho planteamiento ha sido tradicional y generalizadamente relacionado con el método de la subsunción; éste, antes que método o representación absoluta de la lógica formal⁵⁹, constituye hoy día, a todas

⁵⁵ Mito del legislador racional.

⁵⁶ El sistema jurídico se concebía completo, coherente y claro, en él no quedan espacios para la invención, no existen antinomias y las soluciones para todos los casos se encuentran plasmadas con nitidez

⁵⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? En: Revista Berbiquí, No.30. Medellín. Revista de jueces y fiscales de Antioquia. Noviembre de 2005. p. 16

⁵⁸ Francois Géný, contemporáneo del uso predominante de ese método, consideraba que los jueces al decidir debían tomar en cuenta además, de las normas positivas, aspectos económicos y sociales, planteamientos ventilados con la denominación de *libre recherche scientifique*.

⁵⁹ Véase: FETERIS, Eveline, traducción: Alberto Supelano. Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2007. p. 62 a 66.

lucos, una forma de argumento; esto es, el argumento silogístico. De otro lado, la Jurisprudencia de Conceptos apela también a la subsunción, pero no de hechos en la norma, sino de hechos en conceptos, que de manera ideal contienen “*la regulación detallada de cada institución de las que componen el derecho*”⁶⁰. Sin embargo, tal y como acertadamente anota Hart:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “*textura abierta*”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular.⁶¹

Con esta afirmación, Hart deja expuesto el carácter del ordenamiento jurídico; ciertamente, en éste pueden existir varias respuestas, en principio válidas e igualmente diferentes para un caso, a efectos de la investigación, de aquellos ventilados ante la jurisdicción, y quizá su aserción cimiente el concepto de la argumentación jurídica; en efecto, las “razones” para afirmar como para negar la aplicación de una disposición normativa serán fundamentales en el estudio que se pretende. El sistema jurídico no puede comprenderse entonces como un entramado completo, coherente y claro, al respecto Taruffo considera:

Es sabido por todos que el modelo del legislador simple, claro, racional y coherente ha decaído desde hace tiempo (admitiendo que alguna vez haya existido en la realidad, fuera de los sueños de los filósofos). En todos los ordenamientos la producción normativa se ha vuelto inmensa, incontrolable, incoherente, penetrante, fragmentaria, variable. Además, dada la fortísima aceleración de los cambios económicos y sociales, la intervención del legislador es cada vez más retardada con respecto a la evolución de los hechos que quisiera regular⁶².

⁶⁰ *Ibíd.* p. 18.

⁶¹ HART, Herbert Lionel Adolphus, traducción: Genaro R. Carrio. *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 2007. p. 153.

⁶² TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis. 2006. p. 185.

Aún así, el juez debe decidir, es decir, existiendo lagunas y antinomias, el operador jurídico debe resolver el asunto que ha sido puesto a su consideración *“En consecuencia, él deberá de todas maneras escoger y formular una regla iuris para cada caso (...), pero esta escogencia será tanto más arriesgada –y potencialmente arbitraria- cuanto menos clara es la situación de las fuentes del derecho en el ordenamiento en que el juez trabaja”*⁶³. Teniendo el juez un irreductible margen de discrecionalidad decisoria, ya que no existe norma aplicable, o no hay claridad sobre la norma a aplicar ni certeza sobre el sentido de la decisión, el juez debe exponer los motivos, las razones por las cuales optó por tal o cual sentido de decisión en lugar de aquél. *“En los casos claros, en los que no se requiere una interpretación adicional, los jueces sólo necesitan mencionar los hechos y la norma jurídica aplicable. En los casos difíciles, en los que se requiere una interpretación, se debe dar una justificación adicional que explique la interpretación”*⁶⁴.

2. Definición de argumentación jurídica.

Lo primero que debe señalarse es que la argumentación jurídica se ha construido con base en varios planteamientos que en principio no atañen de manera directa o exclusiva al ámbito jurídico, pero que en la mayoría de los casos usan este campo para ejemplificar lo teorizado; es el caso de los aportes realizados por Stephen Toulmin⁶⁵, Chaïm Perelman⁶⁶ y Theodor Viehweg⁶⁷, quienes analizan ámbitos de la comunicación, la retórica y en general sobre los debates de problemas

⁶³ *Ibíd.* p. 185.

⁶⁴ FETERIS, Eveline. *Op. Cit.* p. 29.

⁶⁵ TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación.* Barcelona: Editorial Península. Primera edición. 2007.

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. *Retórica y argumentación.* Bogotá: Editorial norma. Primera reimpresión. 2004.

PERELMAN, Chaïm y Olbrechts Tyteca, Lucie. *Op. Cit.*

⁶⁷ VIEHWEG, Theodor, traducción: Luis Díez Picazo *Tópica y jurisprudencia.* Madrid: Editorial Tirant lo Blanch. 2007

prácticos, pero cuyos aportes han sido fundamentales para la confección de una teoría más o menos estructurada de la argumentación jurídica. De lo anterior da cuenta Manuel Atienza en su obra “Las razones del derecho”, en los siguientes términos:

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes (.....) son la tónica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin⁶⁸.

De otro lado, se puede afirmar que la teoría más difundida y conocida, en los países de tradición romano-germánica como Colombia es la teoría de la argumentación jurídica planteada por Robert Alexy, la cual tuvo un sustento fundamental como el mismo autor lo asevera⁶⁹, en la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas, presentando el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general⁷⁰.

Ya se observó que existe un espectro de discrecionalidad del que goza el juez para decidir en los casos que se someten a su juicio; sin embargo, *“A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que, en la medida en que éstas son necesarias, hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del derecho”*⁷¹, siendo ello así:

El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera reimpresión. 2007. p. 29.

⁶⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 110 a 142.

⁷⁰ *Ibid.* p. 205

⁷¹ ALEXY, Robert, Op. Cit. p. 30

razón práctica y las “concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad”⁷².

Por su parte Chaïm Perelman plantea que:

Toda la argumentación se desarrolla sobre la base de un acuerdo con respecto a las premisas y a las diferentes formas de vincularlas. El acuerdo acerca de las premisas constituye el punto de partida de la argumentación. Las diversas formas de vincularlas se realizan por medio de las distintas técnicas argumentativas de que se sirve el orador⁷³.

En otro sentido, Stephen Toulmin considera que la argumentación se refiere “a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”⁷⁴

De otro lado, Neil McCormick cree que “la argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple (...) una función de justificación”⁷⁵, en tanto que Manuel Atienza atribuye a la teoría de la argumentación jurídica, tres funciones: “la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral”⁷⁶

A su vez Eveline Feteris estima que “El objetivo general de la argumentación es establecer cómo se pueden analizar y evaluar adecuadamente los argumentos”⁷⁷. Tal y como sucede en otros aspectos de la vida, “con las aserciones se plantea la pretensión (claim) de que sean aceptadas. Si esta pretensión es puesta en duda, hay que, fundamentarla. Esto se realiza aduciendo hechos como razones”⁷⁸. Efectivamente; *prima facie*, la argumentación jurídica no procura blindar la

⁷² BVerfG E 34, 269 (287), en ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 44.

⁷³ MANASSERO, María de los Ángeles. La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. En: SERNA, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. Granada: Editorial comares. 2ª edición. 2005. p. 39.

⁷⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 84.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 107.

⁷⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 216.

⁷⁷ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p.20.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 96.

decisión de un órgano público judicial de aspectos morales, preconceptos y prejuicios intrínsecos a la naturaleza humana; lo que busca es, que garantizando la efectividad del principio de publicidad, y ciertas reglas que el discurso jurídico debe cumplir, se cierre en lo posible la estrecha brecha entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, otorgando la posibilidad a las partes en litigio y a la sociedad en general de criticar, debatir, disentir y recurrir la decisión adoptada; ya que *“El simple hecho de que no pueda alcanzarse seguridad difícilmente puede por ello verse como una razón suficiente para negar a la Jurisprudencia el carácter de una ciencia o de una actividad racional”*⁷⁹ y *“De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales”*⁸⁰.

El hecho de que se otorguen justificaciones sobre los motivos para decidir en cierto sentido, no constituye *per se*, garantía sobre la legitimidad de lo actuado; en otros términos, justificar por sí sólo aún nada dice sobre cuáles son los estándares que deben satisfacer los jueces para argumentar “racionalmente” el sentido de su decisión, y es al respecto, que la argumentación jurídica adquiere toda su relevancia. Sobre el asunto, le asiste la razón a Eveline Feteris cuando afirma que: *“La justificación es la argumentación que defiende la decisión; para establecer si la argumentación es sólida es necesario conocer las normas de solidez pertinentes”*⁸¹.

En conclusión, *“Las teorías de la argumentación jurídica investigan las condiciones que debe satisfacer esa justificación para que la toma de decisiones jurídicas sea racional”*⁸².

⁷⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 278.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 19.

⁸¹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p.28.

⁸² FETERIS, Eveline. Op. Cit. p.32.

Vistos los conceptos que los autores referidos tienen de la argumentación jurídica, podría considerarse a modo de conclusión, que la misma atañe a los presupuestos y reglas que de manera prescriptiva son expuestas por las diferentes teorías para determinar de manera objetiva si la justificación, las razones o argumentos esbozados por quien pretende que la decisión, ponencia o tesis sea aceptada son racionales.

Se intentará, por tanto, en este capítulo, referir las formas y reglas que cada autor y enfoque exponen con el objeto de dotar de racionalidad a las justificaciones de las decisiones.

3. Autores, planteamientos y teorías relevantes en torno a la argumentación jurídica.

3.1. La nueva retórica de Chaïm Perelman

Perelman describe los puntos de partida y las técnicas argumentativas que se usan en el derecho para convencer al público de la aceptabilidad de una decisión jurídica. *“En su New Rethoric, CHAÏM PERELMAN presenta un modelo que describe la forma en que los argumentadores intentan convencer a otros de la aceptabilidad de sus opiniones”*⁸³, Perelman parte de la retórica de Aristóteles para dar forma a su Nueva retórica, sin embargo va más allá, motivo por el cual le denomina “nueva retórica”. Es decir, el planteamiento aristotélico no procura la adhesión a lo preferible, aspecto que introduce Perelman, elevando la *“retórica a una instancia de legitimación de las opciones valorativas, alcance que, como se verá, no tiene en los textos aristotélicos”*⁸⁴; sin embargo, *“La nueva retórica no*

⁸³ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 91.

⁸⁴ MANASSERO, María de los Ángeles. La nueva Retórica de Chaïm Perelman y la tradición aristotélica. En: actas del primer encuentro interdisciplinar sobre Retórica, Texto y Comunicación, Cádiz, Servicio de publicaciones Universidad de Cadiz. 1994, p. 288-293. En: MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit, P. 26.

*pretende desplazar o reemplazar a la lógica formal, sino añadir a ella un campo de razonamiento que, hasta ahora, ha escapado a todos los esfuerzos de racionalización, esto es, el razonamiento práctico*⁸⁵.

3.1.1. Objeto y concepto de la argumentación, principio de adhesión

Perelman establece como objeto de la teoría de la argumentación “*el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento*”⁸⁶, desde la misma concepción de argumentación jurídica traída por Perelman, se observa su interés por la relación hablante-auditorio. Perelman concede a este espacio la mayor parte de su obra y considera que allí es donde residen los aspectos fundamentales de la argumentación; sin embargo, no desde un punto de vista dialéctico o dialógico, sino en una sola vía, la que parte del hablante con las afirmaciones que realiza teniendo como pretensión la aceptación por parte del auditorio, tanto en las conclusiones como sobre las premisas de la cadena argumentativa para llegar a ésta.

Si las normas en algunos casos no son claras, el juez debe interpretarlas, la interpretación implica que el juez tiene la posibilidad de elección, tanto del método de interpretación como del significado para ella; el juez debe, por tanto, justificar sus elecciones y ello lo hace ofreciendo razones que convenzan al auditorio, partiendo naturalmente de las formas de los razonamiento legales.

Siendo él o los receptores de las afirmaciones del hablante, que Perelman denomina auditorio, un punto central en la teoría de éste, es pertinente y necesario hacer una referencia sobre ellos:

⁸⁵ PERELMAN, Chaïm. The New Rethoric, en: Pragmatics of Natural Language, ed. Por Y. Bar-Hillel, Dordrecht-Holland, 1971, p. 145, En: ALEXY, Robert, Op. Cit. p. 158.

⁸⁶ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de la argumentación. Op. Cit.

3.1.2. El auditorio

3.1.2.1. Auditorio universal y auditorio particular.

“El auditorio es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación”⁸⁷, Perelman también diferencia entre el auditorio universal y el auditorio particular; el primero hace referencia a “la <<humanidad ilustrada>>, que se compone de los hombres en cuanto seres racionales”⁸⁸. No obstante, puede objetarse que nada da cuenta de la significación del término “humanidad ilustrada”, a lo que Perelman explica que “<<ilustrados>> y <<rationales>> son quienes entran en el juego de la argumentación. Presupuesto para ello son la posesión de informaciones y la competencia en el tratamiento de las informaciones”⁸⁹. Corolario de lo anterior, el concepto de auditorio universal tiene como principal rasgo característico la capacidad y el deseo de razonar por parte de los oyentes o receptores; y tiene como principal característica y función, la de servir como estándar normativo de la argumentación racional⁹⁰; sin embargo, ya que el concepto de auditorio universal pertenece a un nivel meramente ideal de una persona, éste evidentemente será subjetivo, no existiendo, de paso, criterios objetivos que permitan a un observador determinar si ésta concepción se acerca o no a lo que debe ser éste⁹¹.

El auditorio particular, por su parte, escapa al abstracto concepto ideal de la razonabilidad de todos los hombres y se centra en situaciones de hecho concretas, tales como un salón de clases o un tribunal; el auditorio particular

⁸⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 158.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 162.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 162.

⁹⁰ Véase: MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit. . 36 a 38

⁹¹ L. EDE, <<Rhetoric Versus Philosophy: The Role of the Universal Audience in Chaïm Perelman’s The New Rhetoric>>, En: DEARIN, R. (ed.) The New Rhetoric of Chaïm Perelman. Statement and response, Lanhan, University Press of America, 1989, p. 145, en MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit. p. 38

puede estar aún compuesto por una sola persona, “*cuando ésta representa a un grupo determinado o constituye una clase de oyentes*”⁹².

3.1.3. Principio de adaptación

En el caso específico de la decisión judicial, el operador jurídico debe obtener la aprobación de tres (3) auditorios, cuales son: las partes, los abogados en general y la opinión pública; del mismo modo, pero en diferentes ámbitos (por ejemplo el legislativo), el orador busca incansablemente la deferencia de los receptores con sus afirmaciones, planteamientos y razonamientos. Siendo la finalidad de la argumentación fortalecer o lograr la adhesión del auditorio, el orador debe:

adaptar su discurso al auditorio. La misma afirmación puede ser, para un auditorio, un argumento a favor de una tesis del orador, y para otro auditorio, una tesis en contra. Así, el argumento de que una medida disminuye la tensión social persuade sólo a aquellos que quieren la paz social, pero no a los que deseen la confrontación⁹³.

3.1.4. Persuadir y convencer.

Los conceptos de persuasión y convicción van de la mano con los de auditorio universal y particular, y ello es así, ya que la primera se dirige al particular y la última al universal; la diferencia principal entre éstas reside en que “*La persuasión mueve a la acción, busca un resultado definido, mientras que la convicción posee un carácter más racional*”⁹⁴, al persuadir solo se busca la aceptabilidad, tanto de las premisas como de la tesis defendida, sin que exista una pretensión de racionalidad absoluta más allá del fin mediático trazado; por el contrario, convencer tiene como fin último, cual es la “*adhesión de todo hombre razonable*”⁹⁵

⁹² MANASSERO, María de los Ángeles. Op. Cit. p. 38

⁹³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 158.

⁹⁴ MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit, p. 37.

⁹⁵ MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit, p. 38.

y por tanto, “los argumentos que se dirigen a un auditorio universal exigen un mayor esfuerzo de abstracción y generalización”⁹⁶.

Perelman “describe las técnicas argumentativas potencialmente exitosas para ganar la aprobación de la audiencia”⁹⁷ (las técnicas de unión -argumentos cuasilógicos, argumentos basados en la estructura de lo real y argumentos que fundan la estructura de lo real- y las técnicas de disociación o ruptura⁹⁸), siendo las técnicas una herramienta para ganar el apoyo de determinada audiencia, se le ha criticado que no resulta de mayor relevancia para el ejercicio de convencimiento del auditorio universal; en efecto, “la introducción al auditorio universal aleja a la teoría de una clara postura retórica desde el momento que frente a un auditorio semejante no es posible el desarrollo de las técnicas argumentativas que exigen un conjunto de personas concretas, históricas y situadas en un lugar determinado”⁹⁹.

3.1.5. El punto de partida

El orador debe tener en cuenta ciertos aspectos en el alcance de la aprobación del auditorio, Perelman distingue tres puntos fundamentales que son: el objeto de acuerdo, la elección de las premisas objeto de acuerdo y la presentación de las mismas, distinguiendo a su paso dos categorías: la real y lo preferible, la primera señala hechos, verdades y presunciones y mediante ellos se encamina la aceptación del auditorio universal, por su parte, lo preferible apunta a las preferencias del auditorio (particular) y de conformidad se debe confeccionar el discurso. En el específico caso de la aceptación de la decisión judicial, el juez

⁹⁶ MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit, p. 37.

⁹⁷ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 105.

⁹⁸ Las técnicas argumentativas, los esquemas de argumentación y los tipos de argumentos se observarán con mayor detenimiento en el capítulo destinado a la estructura argumentativa.

⁹⁹ PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Traité de l’argumentation. p. 38. En: MANASSERO, María de los Ángeles Op. Cit. p. 38

debe usar como punto de partida, *“las normas jurídicas, los principios generales de derecho y los principios aceptados en la comunidad jurídica particular”*¹⁰⁰.

Antes de continuar se hace necesario aseverar que los aportes de Perelman poseen gran mérito y que como tales han perdurado en el tiempo, otorgándosele sin duda el calificativo de pilar fundacional de las teorías actuales de argumentación jurídica; sin embargo, su aporte se encuentra desprovisto de profundidad esquemática, ya que no puntualiza ningún sistema de análisis de los argumentos jurídicos, tampoco una técnica argumentativa ni da cuenta del proceso de argumentación y mucho menos *“ofrece pautas prácticas para interpretar ejemplos concretos de argumentación”*¹⁰¹ ni parámetros para determinar cuándo se está frente a una argumentación sólida y racional y cuando no.

3.2. El modelo argumentativo de Stephen Toulmin (lógica informal)

A diferencia de Viehweg y Perelman, como lo refiere Atienza¹⁰², Toulmin no funda su explicación de la argumentación desde el renacimiento de la Tópica o la Retórica, tal y como lo hicieron los dos primeros, sino que, por otra vía, aunque siguiendo parámetros no lógicos deductivos (al igual que Viehweg y Perelman), persigue, partiendo de la lógica, pero no de una lógica tradicional, es decir, teórica e ideal sino práctica, operativa o aplicada a la que se le puede realizar un paralelo con la jurisprudencia¹⁰³ antes que con la matemática; *“demostrar que las normas de evaluación son parcialmente universales o “invariantes al campo”, como él dice, y parcialmente específicas o “dependientes del campo”*¹⁰⁴; efectivamente, así lo

¹⁰⁰ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 105.

¹⁰¹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 106.

¹⁰² ATIENZA, Manuel. Op Cit. . P. 81

¹⁰³ Toulmin considera que de esa manera se *“contribuye a mantener en el centro del cuadro la función crítica de la razón”*. TOULMIN, Stephen. Op. Cit. p. 25.

¹⁰⁴ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 79.

afirma Toulmin: *“la cuestión planteada versaba sobre la teoría lógica, mientras que el punto de partida de nuestros estudios será la práctica de la lógica”*¹⁰⁵.

Toulmin quiere acercar la lógica (paralela a la jurisprudencia) a la realidad cotidiana que afecta a cualquier ser humano y en la que todos los días se usan argumentos; *“Ciertamente el hombre de la calle (o el que no es un estudioso de la materia) espera que las conclusiones de los lógicos tengan alguna aplicación en su quehacer”*¹⁰⁶, de tal suerte, que *“al tratar la lógica como una suerte de jurisprudencia generalizada y al examinar las ideas confrontándolas con la práctica real de la evaluación de los argumentos y no con un ideal filosófico, podremos finalmente construir un cuadro muy diferente del tradicional”*¹⁰⁷.

Toulmin explica que razonamiento es *“la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión”*¹⁰⁸ y respecto de los argumentos, realiza una diferenciación, ya que le otorga dos sentidos diferentes a ese concepto, el primero apunta a la secuencia de pretensiones y razones (tramo de razonamiento) en cadena que *“establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante”*¹⁰⁹, y el segundo, son *“las interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten, y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento”*, parece, que antes que dos sentidos diferentes para una misma palabra, Toulmin explica dos situaciones diferentes, la primera, tal y como lo anuncia, da cuenta del concepto de argumento, en tanto que la segunda, apunta a las *“disputas argumentativas”*¹¹⁰, la racionalidad en estas disputas se encuentra dada por la actitud del interlocutor, así, será racional quien sea abierto al

¹⁰⁵ TOULMIN, Ibíd. p. 23.

¹⁰⁶ TOULMIN, Op. Cit. p. 18.

¹⁰⁷ TOULMIN, Op. Cit. p. 18.

¹⁰⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 84

¹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 84

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 84

argumento, reconociendo la validez de los contrarios o refutándolos igualmente con argumentos.

3.2.1. La forma de los argumentos

3.2.1.1. Modelo simple

En los argumentos se pueden observar cuatro elementos a saber: (1) pretensión (afirmación o conclusión), que es el punto de partida del proceso argumentativo; (2) razones (datos), que son los hechos que se esgrimen para respaldar la pretensión; (3) garantía, que se refiere a las reglas o los principios que permiten realizar inferencias entre las razones y la conclusión; y por último, (4) respaldo, elemento mediante el cual se sustenta la garantía, de ser cuestionada aquélla; todos éstos serán desarrollados con mayor profundidad en el segundo capítulo.

Tipos de argumentos:

Toulmin divide los argumentos en formales y no formales; en los formales, lo que importa es la estructura interna, en tanto que los argumentos no formales, por su parte, comportan no solo la observancia de los elementos internos, sino también los externos, esto es, los que se efectúan en la práctica. Por otro lado, Toulmin realiza una exposición de los tipos de falacias que se presentan en la argumentación, es decir, "*las formas en que se argumenta incorrectamente*"¹¹¹, clasificándolas según surjan de: razones irrelevantes, falta de razones, razones defectuosas, suposiciones no garantizadas y de ambigüedades¹¹², clasificaciones de las cuales, por el tipo de estudio que se adelanta, por lo menos de momento, no resulta pertinente realizar una descripción pormenorizada.

¹¹¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 93.

¹¹² Véase ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 94.

Puede concluirse que al igual que los demás autores reseñados en éste capítulo, Toulmin efectúa aportes de gran valor a la argumentación jurídica, sin embargo, se puede observar que solamente realiza una descripción de la forma que deben tomar los argumentos y a lo que deben referirse, dejando de lado un concepto introducido por Hart, y que, por lo menos, en tratándose de argumentación jurídica respecto de decisiones judiciales es fundamental, cual es el de los casos fáciles y los casos difíciles. Parece que el modelo de Toulmin no puede ser aplicado para el último tipo anotado, ya que su teoría no proporciona elemento alguno de juicio que permita afirmar la racionalidad o no de alguna de las interpretaciones elegidas por el órgano decisor ante una norma que permite más de una.

3.3. Theodor Viehweg y la Tópica

Viehweg, encuentra la cimentación para su teoría de la argumentación jurídica en la tópica (que pertenece a la retórica) expuesta en la antigüedad, por Cicerón, quien puntualizó una distinción entre la invención y la formación del juicio, “*La tópica surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para Cicerón, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa*”¹¹³, y esos argumentos se encuentran en unos lugares o loci (topoi para los griegos), que es la sede en la que se ubican. Según el profesor García Amado, “*la tópica sería el arte de hallar los argumentos*”¹¹⁴; el análisis de Viehweg se centra, antes que en la conclusión, en las premisas que conforman el razonamiento. Mediante la tópica se buscan y examinan las premisas (tópicos) y a este procedimiento lo denomina *ars inveniendi*, pero a través de éste solo se pueden “*alcanzar conclusiones cortas*”¹¹⁵ a lo que contrapone el *ars iudicandi*, “*lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja*

¹¹³ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 33.

¹¹⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Teorías de la tópica jurídica. Madrid: Civitas. 1998. p. 68. En: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 33.

¹¹⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 34.

*con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas*¹¹⁶. Viehweg asimila el concepto de caso difícil a lo que él denomina “problema” y por el cual entiende “*toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución*”¹¹⁷.

Viehweg sostiene que la jurisprudencia desarrollada en la Roma antigua y en la Edad Media fue jurisprudencia tópica; esto es, la jurisprudencia mediante la cual se encuentran soluciones al planteamiento de un problema a través de la búsqueda de argumentos y no mediante la “*elaboración de un sistema conceptual*”¹¹⁸. Ese método cambió en la era moderna para ser sustituido por el deductivo, mediante el cual se introducen axiomas que gozan de las propiedades de “*plenitud, compatibilidad e independencia*”¹¹⁹, que según Viehweg, no pueden ser aplicados al campo de la jurisprudencia, porque en éste ámbito no es posible sistematizar, toda vez que no se puede encontrar “*ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo*”¹²⁰. El intento de dotar de carácter científico a la técnica jurídica, es, según Viehweg, “*equivocado, porque ello obligaría a una serie de operaciones y de cambios en el derecho que resultan inviables*”¹²¹, tales como prohibir la interpretación de las normas y establecer una intervención continuada del legislador, siendo ello imposible, “*la alternativa que queda abierta es la de no modificar la esencia de la técnica jurídica (esto es, su carácter tópico), sino concebirla como una forma de aparición de la incesante*

¹¹⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 34.

¹¹⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia (trad. De Díez Picazo, L. de la 2ª ed. Alemana deq963; prólogo de García de Enterría, G.). Madrid. Taurus. 1964. p. 50 En: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 34.

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 34.

¹¹⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 36.

¹²⁰ VIEHWEG, Theodor. *Ibíd.* p. 129. En: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 36.

¹²¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 36.

*búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continúa de la mano del derecho positivo*¹²²

Crítica y conclusión del planteamiento de Viehweg

La crítica principal al planteamiento de Viehweg se centra en la falta de método, y estructuración de su tesis: la ausencia de elementos que permitan definir cuando una decisión es racional o no y un esquema que determine la jerarquía de los tópicos; de modo tal que no pasa de ser un aporte que busca explorar el razonamiento jurídico desde una perspectiva adicional a la lógica, en ese sentido, se pueden anotar las críticas más comunes que se efectúan a la tesis de Viehweg tal y como sigue:

- El concepto de tópica puede tener por lo menos tres significados diferentes; al igual que el concepto Topos y la *“noción de problema es, en el mejor de los casos, excesivamente vaga”*¹²³, no permitiendo conferirle dirección metodológica; para ello sería imperioso *“una caracterización que debería estar dotada de una mayor especificidad de la que supone la identificación de ‘problema’ con toda cuestión que admita más de una respuesta”*¹²⁴.
- Viehweg considera de manera equivocada que *“a partir de la modernidad, el método tópico o retórico resultó sustituido por el método axiomático-deductivo”*¹²⁵ porque como lo anota Manuel Atienza *“La decadencia de la tópica habría sido, por el contrario, un fenómeno paralelo al olvido de la lógica”*¹²⁶, ya que como lo refiere Atienza en su obra, la lógica formal fue desplazada en la modernidad por la teoría analítica¹²⁷.

¹²² VIEHWEG, Theodor. *Ibíd.* p. 124 En: ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 36.

¹²³ ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 37.

¹²⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ibíd.* p. 114. En: ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 38.

¹²⁵ ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 39.

¹²⁶ ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 39.

¹²⁷ Ver ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p. 39.

- La tónica resulta insuficiente, no logrando tener la categoría de teoría de argumentación jurídica; en efecto:

La tónica no permite ver el papel importante que en el razonamiento jurídico cumplen la ley (sobre todo, la ley), la dogmática y el precedente; se queda en la estructura superficial de los argumentos estándar, pero no analiza su estructura profunda, sino que permanece en un nivel de gran generalidad, alejado del nivel de la aplicación como tal del derecho¹²⁸.

3.4. La teoría de la justificación de las decisiones legales de MacCormick

Neil MacCormick considera que tanto la argumentación práctica general como la jurídica ejecutan funciones de justificación, aún *“cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión”*¹²⁹. Su teoría refleja el afán por buscar una vía intermedia *“entre una teoría del derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de la voluntad, no de la razón)”*¹³⁰.

MacCormick diferencia dos etapas de la decisión, a saber: el contexto de descubrimiento y de justificación y sobre la última de las mencionadas desarrolla su planteamiento; en realidad, la teoría de MacCormick pretende, no solo observar la manera en la que se justifican argumentativamente las decisiones judiciales, sino también trazar parámetros para determinar su racionalidad¹³¹.

MacCormick define ciertos niveles de justificación de las decisiones judiciales; en un primer nivel, la decisión se defiende bajo lo que él denomina “justificación deductiva” (a la que realizando un paralelo se le puede comparar con la

¹²⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 40.

¹²⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 107.

¹³⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 107.

¹³¹ Por ese motivo Manuel Atienza denomina (a esta teoría y a la de Robert Alexy) la teoría estándar de la argumentación jurídica, toda vez que ambas tienen pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas.

justificación interna) que corresponderá en todos los eventos, a casos fáciles, en los cuales solo basta adecuar los hechos a la norma, que obviamente es clara¹³². Por otro lado, en los casos difíciles se requiere una justificación de segundo nivel, que a su vez se encuentra dividida en dos tipos de argumentos, los consecuencialistas y los de coherencia y consistencia y cada uno de ellos corresponderá, según sea el caso, a un tipo diferente de problema que genere la dificultad del caso, según se verá.

Casos difíciles

En los casos difíciles no procede la justificación deductiva de manera inmediata, ya que *“sólo es posible después de que se formula una nueva norma o se da una interpretación a la regla existente”*¹³³ Neil MacCormick identifica diferentes tipos de casos difíciles, según la génesis de la dificultad, ellos son: por problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación, *“los dos primeros afectan a la premisa normativa, y los dos últimos a la premisa fáctica”*¹³⁴, en el primero de los casos, no existe duda respecto de la norma a aplicar, pero esta norma admite más de un sentido válido, sentidos según los cuales, se puede arribar a conclusiones diferentes, por lo menos en principio, racionales. Los problemas de relevancia, por su parte, *“plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma ($p \rightarrow q$) aplicable al caso”*¹³⁵. Los problemas de prueba, por su lado, atañen a la determinación de la premisa menor (hechos), respecto del acaecimiento o no de los mismos, para lo que resultará fundamental el concepto de *“test de coherencia”*¹³⁶. Lo que permite afirmar la veracidad de lo sucedido, no

¹³² Neil MacCormick trae un ejemplo para sustentar su tesis (Daniels v. White & Sons and Tabard y que por efectos pragmáticos no se transcribe en el presente capítulo) que se puede observar. En: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 109 y ss. y FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 126 y ss.

¹³³ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 131.

¹³⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 112.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 113.

¹³⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 113.

es la prueba de su verdad, sino el hecho de que “*todas las piezas de la historia parecen ajustarse bien*”¹³⁷, a ello se refiere el concepto de coherencia, y por tanto, probar es, “*establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado*”¹³⁸.

Por último, MacCormick esboza los problemas de calificación, en virtud de los cuales, no se discute la existencia de ciertos hechos primarios, sino que, por el contrario, el objeto de debate se centra en los llamados “hechos secundarios” y el debate se encuentra dado en la línea de determinar si éstos constituyen, o no, presupuestos que se pueden subsumir en la norma; para aclarar el concepto, el mencionado autor expone el siguiente ejemplo:

El señor MacLennan interpone acción de divorcio contra su esposa, por la causal de adulterio, basado en el hecho de que ésta había dado a luz a un bebé después de haber pasado 11 meses sin haber sostenido relación sexual alguna con su esposo; la esposa admite los hechos, sin embargo, considera que los mismos no configuran la causal de adulterio, pues había concebido usando medios de inseminación artificial.¹³⁹

Justificación de segundo nivel (o justificación externa)

Para poder justificar una decisión en un caso difícil, se debe, satisfacer el principio de universalidad, y generar una decisión que se encuentre de acuerdo con el sistema (cumplimiento de coherencia y consistencia) y con el mundo (consecuencialista).

Argumentos de consistencia

¹³⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 113.

¹³⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 113.

¹³⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 114.

De conformidad con lo anotado en el aparte anterior, una decisión cumple el requisito de consistencia cuando no viola el principio de que “*no se deben controvertir las normas jurídicas establecidas y obligatorias*”¹⁴⁰, es decir, cuando no entra en colisión con normas válidamente establecidas en el ordenamiento jurídico, de allí deriva el deber de los jueces de no violar el derecho vigente.

Argumentos de coherencia

MacCormick diferencia dos tipos de argumentos a través de los cuales se establece la coherencia de una decisión, cuales son: argumentos basados en principios y argumentos por analogía. Una decisión puede estar legitimada en cuanto ella es coherente “*con un principio jurídico generalmente aceptado*”¹⁴¹, este tipo de argumento corresponde a la noción de argumento basado en principios y para puntualizar la caracterización del concepto de principio, MacCormick lo diferencia de las reglas:

La diferencia entre las reglas y los principios es esta: las reglas (por ejemplo, las reglas de tráfico que ordenan conducir por la derecha, detenerse ante un semáforo rojo, etc) tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable; mientras que los principios (por ejemplo, el de seguridad en el tráfico) expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta¹⁴².

Solo los argumentos basados en la última modalidad anotada pueden ser considerados argumentos con fundamento principialístico, aunque “*un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria*”¹⁴³.

¹⁴⁰ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 142.

¹⁴¹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 140.

¹⁴² ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 121.

¹⁴³ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 121.

Por su parte, en los argumentos analógicos, *“la decisión se justifica mostrando que la norma es similar a una norma expresada en otra decisión jurídica”*¹⁴⁴, caso en el cual se debe indicar que los hechos *“son similares a los hechos de la decisión anterior y, segundo, que la norma propuesta y la norma expresada en el caso anterior se basan en el mismo principio legal”*¹⁴⁵, ante lo cual Manuel Atienza plantea que este tipo de argumentación no difiere mucho de los argumentos con base en principios, ya que este tipo de argumento implica una valoración, porque las semejanzas fácticas entre los casos no se encuentran, sino que, por otra vía, se construyen y se sustentan, *“en razones de principio”*¹⁴⁶.

Argumentos consecuencialistas

Este tipo de argumentos resulta de la mayor relevancia para MacCormick, ya que, *“la argumentación jurídica –dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia- es esencialmente una argumentación consecuencialista”*¹⁴⁷, a través de este tipo de argumentos, se observan las consecuencias que hacia futuro tendrá la decisión que se va a adoptar, por ejemplo, en el caso de la demanda de divorcio instaurada por el señor MacLennan en contra de su esposa se observa un argumento consecuencialista en los siguientes términos: *“si se extendieran los supuestos de adulterio hasta abarcar también un supuesto de utilización de técnicas de inseminación artificial, ello significaría aceptar que se puede cometer adulterio con un muerto”*¹⁴⁸, por ese motivo, se debe despachar desfavorablemente la petición del actor. Lo que a todas luces es significativo en este tipo de argumento, no son las consecuencias fácticas que específicamente sobre las personas tendrá la decisión (predicción sobre las conductas que se inducirán o prevendrán con ella), sino más bien, las

¹⁴⁴ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 141.

¹⁴⁵ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 141.

¹⁴⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 121.

¹⁴⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 123.

¹⁴⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 123.

consecuencias de tipo lógico, “especialmente las consecuencias hipotéticas que se derivarían cuando la regla se aplique a casos similares”¹⁴⁹.

Críticas y conclusiones del planteamiento de MacCormick

Manuel Atienza da cuenta en su obra “Las razones del derecho” de las tres críticas más importantes¹⁵⁰ que se han formulado contra la teoría de argumentación jurídica de Neil McCormick y las agrupa a su paso, en subcríticas, a grandes rasgos se anotará cada una de ellas:

1. Sobre el carácter deductivo del razonamiento jurídico.
2. La teoría de McCormick es ideológicamente conservadora.
3. Las dificultades que presenta la teoría al intentar mezclar la razón práctica con el aspecto volitivo, que de hecho es emotivo o pasional.

Las críticas que a consideración del investigador deben ser tenidas en cuenta son:

- McCormick considera que la verdad fáctica depende “de lo que establezcan como tal un juez o alguna otra instancia jurídica de determinación de la verdad”¹⁵¹, lo que implicaría que la decisión final de un juez, siendo verdadera, sería infalible.
- La justificación deductiva resulta, por decir lo menos, dudosa, toda vez que ésta solo procede en eventos de casos fáciles, y, de una parte, “es difícil encontrar ejemplos de ello”¹⁵² (de casos fáciles) y por otro, “existe una amplia zona de vaguedad”¹⁵³ entre los denominados casos fáciles y casos difíciles.

¹⁴⁹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 137.

¹⁵⁰ Véase ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 130 a 147.

¹⁵¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 137.

¹⁵² ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 141.

¹⁵³ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 141.

- La teoría de McCormick da cuenta de manera parcial de la teoría de la argumentación jurídica, ya que deja de lado el aspecto de la *“argumentación en relación con los hechos-los problemas de la prueba”*¹⁵⁴, que en últimas es un elemento fundamental en la decisión.
- McCormick sugiere la imposibilidad de justificar deducciones *contra legem*, de tal modo que, *“nunca podrían estar justificadas decisiones completamente innovadoras”*¹⁵⁵.
- Considerar que la conducta de los jueces debe ser regida siempre por la idea de hacer justicia de conformidad con el derecho, a más de ambigua, es peligrosa, ya que hace depender de las creencias subjetivas de justicia que el juez posea, el sentido de la decisión. Ante esa idea, se pueden formular preguntas como: *“¿es posible hacer justicia siempre de acuerdo con el derecho? ¿Cómo podría utilizar la teoría de McCormick un juez enfrentado con un caso respecto del cual opinara que el derecho positivo, como tal, no provee una solución justa?”*¹⁵⁶.
- *“Es posible reconstruir los argumentos consecuencialistas y los argumentos analógicos como argumentos deductivamente válidos”*¹⁵⁷, de modo tal que se puede afirmar que, esta división no resulta tan conclusiva.

3.5. La teoría procedimental de Robert Alexy

Robert Alexy parte del discurso práctico general (discurso moral) para construir su teoría de la argumentación jurídica; en efecto, considera que siendo el discurso jurídico una forma específica del discurso práctico general, debe, en esa misma línea, confeccionar una teoría de argumentación jurídica, partiendo de una teoría del discurso práctico racional general. Cimienta su tesis de manera fundamental, en la teoría consensual de la verdad de Habermas y algunos elementos de la

¹⁵⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 142.

¹⁵⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 142.

¹⁵⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 144.

¹⁵⁷ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 147.

teoría de la deliberación de Erlangen y aspectos puntuales de Perelman, Toulmin y Hare. Pretende con la presentación de su teoría, establecer los parámetros para determinar cuándo se está ante una argumentación racional o deficiente y, de otro lado, analizar las estructuras de los argumentos; pudiéndose afirmar, que su teoría goza de carácter normativo y analítico. Se le denomina teoría procedimental, ya que para afirmar la corrección de los enunciados normativos, o aceptar su racionalidad, se deben agotar una serie de etapas o “procedimientos”.

3.5.1. Las reglas y formas del discurso práctico general.

3.5.1.1. Las reglas fundamentales¹⁵⁸

Estas reglas se aplican tanto al discurso práctico general como al discurso jurídico, ya que son reglas de carácter general; en ellas se expresan los principios de universalidad¹⁵⁹ (de Hare), sinceridad¹⁶⁰ y coherencia¹⁶¹:

(1.1). Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2). Todo hablante solo puede afirmar lo que cree.

(1.3). Todo hablante que afirme X a un objeto Z, debe estar dispuesto a aplicar X a cualquier otro objeto igual a Z en todos sus aspectos relevantes.

(1.3'). Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4). Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

3.5.1.2. Las reglas de razón¹⁶²

¹⁵⁸ Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 185 a 187.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 187.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 186.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 187.

Estas normas aseguran la racionalidad del discurso toda vez que en éstos siempre existe la pretensión de fundamentabilidad de las aserciones, ya que un “*discurso práctico sin aserciones no es posible*”¹⁶³. La primera de las reglas se puede denominar como “*la regla general de fundamentación*”¹⁶⁴, las demás, son “*las exigencias de igualdad de derechos, universalidad y no coerción*”¹⁶⁵

(2). Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

(2.1). Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2). A. todos pueden problematizar cualquier aserción.

B. todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

C. todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3.5.1.3. Las reglas sobre la carga de la argumentación¹⁶⁶.

Ya que de conformidad con las reglas de la razón, “*todos pueden problematizar cualquier aserción*”, “*Con ello se puede arrinconar a cualquier hablante repitiendo mecánicamente como un niño la pregunta <<¿por qué?>>*”¹⁶⁷, de ese modo, se deben crear otro tipo de reglas que permitan el desarrollo de la argumentación:

(3.1.) Quien pretende tratar a una persona X de modo distinto de una persona Z, está obligado a fundamentarlo.

(3.2.) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

¹⁶² Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 187 a 191.

¹⁶³ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 188.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 189.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 189.

¹⁶⁶ Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 191 a 193.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 191.

(3.4.) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

3.5.1.4. Las formas de argumento¹⁶⁸

*“Hay dos formas de argumento para justificar los enunciados normativos singulares. El modo básico de justificación es.”*¹⁶⁹(esquema básico de Toulmin)

(4) G
 $\frac{R^*}{N^*}$

Para fundamentar un enunciado normativo singular (N), se puede hacer referencia a una regla (R) o a algunas razones o consecuencias (G) para (N); si se opta por la primera vía, *“además de una regla debe presuponerse también un enunciado de hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma (T, de Tatsache= supuesto de hecho)”*¹⁷⁰, en tanto que si se elige la segunda vía, *“hay que sobrentender también que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno”*¹⁷¹, cada una de ellas se puede graficar del siguiente modo:

(4.1.) T
 $\frac{R}{N}$

(4.2.) F
 $\frac{R}{N}$

Ejemplo de este tipo de argumentos.

A ha mentido

Al mentir, A causa sufrimiento innecesario

¹⁶⁸ Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 193 a 197.

¹⁶⁹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 155.

¹⁷⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 159.

¹⁷¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 159.

Es malo mentir
A ha actuado mal

Es malo causar sufrimiento innecesario
A ha actuado mal

Es probable que sobre los hechos (T) o las reglas (F) existan discrepancias, en el evento de existencia de diferencias sobre las reglas, R “*podrá justificarse a su vez señalando las consecuencias de esa regla, más una regla R', que exija R bajo una condición T*”¹⁷², “*Resultan por ello dos formas de argumento de segundo nivel.*”¹⁷³

(4.3.) F_R
 $\frac{R'}{R}$

(4.4.) T'
 $\frac{R'}{R}$

Ya que la aplicación de reglas distintas puede llevar a resultados incompatibles, debe decidirse “*qué fundamentación tiene prioridad*”¹⁷⁴, y ello se hace con base en las reglas de prioridad, esas reglas de prioridad pueden adoptar dos formas, “*según que la prioridad que se establezca sea absoluta o valga sólo bajo determinadas circunstancias (C)*”¹⁷⁵:

(4.5.) $R_i P R_k$ o bien $R'_i P R'_k$.

(4.6.) $(R_i P R_k) C$ o bien $(R'_i P R'_k) C$.

3.5.1.5. Las reglas de fundamentación¹⁷⁶

“*Puesto que las formas del argumento no prescriben el contenido de la justificación, se complementan mediante tres reglas de justificación*”¹⁷⁷:

(5.1.1). Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las

¹⁷² ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 160.

¹⁷³ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 195.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 196.

¹⁷⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 160.

¹⁷⁶ Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 197 a 200.

¹⁷⁷ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 157.

consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2). Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3). Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Existe también un segundo subgrupo de reglas de fundamentación:

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa esa prueba:

(a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

(b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3.) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

3.5.1.6. Las reglas de transición¹⁷⁸

Ya que en el discurso práctico pueden surgir problemas que obligan a recurrir a otro tipo de discurso, se han confeccionado las siguientes reglas:

¹⁷⁸ Véase ALEXY, Robert. Op Cit. p. 200 a 201.

(6.1). Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2). Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar de un discurso a análisis del lenguaje.

(6.3). Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar de un discurso de teoría del discurso.

Precisiones respecto del discurso práctico general

- El hecho de que se planteen estas reglas discursivas no implica en ninguna medida la certeza sobre el alcance de consensos ni que de ser alcanzados, sean definitivos e irrevocables.
- Tampoco garantizan que en el evento de alcanzarse, las personas estén dispuestas a actuar de conformidad con lo convenido, ya que, *“saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido”*¹⁷⁹.
- Estas dos limitaciones del discurso práctico general generan la necesidad de establecer un sistema jurídico que cierre *“esta laguna de racionalidad”*¹⁸⁰, por tanto el derecho se encuentra justificado en tanto:

Conjunto de normas (...) que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado

3.5.2. Reglas y formas del discurso jurídico.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 1989. p. 297. En: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 163.

¹⁸⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 163.

La tesis del caso especial.

Según Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general ya que:

- En las discusiones jurídicas también se hacen referencias a aspectos prácticos.
- Esas cuestiones son analizadas desde la pretensión de corrección, que a diferencia de la que se plantea en el ámbito del discurso práctico general *“no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas”*¹⁸¹.
- Se efectúa bajo condiciones limitantes.
- Por tanto el discurso jurídico se rige, de un lado, por las reglas del discurso práctico general, y por otro, por las reglas del discurso jurídico (precedentes, dogmática jurídica y la ley).
- *“En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna (internal justification) y la justificación externa (external justification)”*¹⁸²:

3.5.2.1. La justificación interna (reglas y formas)

Con este tipo de justificación se hace referencia a lo que tradicionalmente se ha descrito como “silogismo jurídico”, y con su desarrollo se puntualiza las premisas a justificar externamente, esta forma de justificación solo es válida y viable en los

¹⁸¹ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 207.

¹⁸² ALEXY, Robert. Op Cit. p. 213.

eventos en los que no existe duda respecto del ajuste de los hechos (premisa menor) a la norma de carácter universal (premisa mayor), de modo tal que, existiendo algún tipo de cuestionamiento a dicha adecuación, el esquema resultará, inexorablemente, insuficiente.

3.5.2.2. La justificación externa (formas y reglas)

Mediante la justificación externa se fundamentan las premisas establecidas en la justificación interna, Alexy distingue tres tipos de premisas, cuales son: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo, el último grupo se justifica mediante la argumentación jurídica y Alexy identifica seis grupos de formas y reglas de justificación externa aplicables a esta categoría a saber: (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general (fundamento de la argumentación jurídica) y (5) de la argumentación empírica (sobre los que Alexy no brinda formas ni reglas), y (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos; categorías todas estas que serán desarrolladas en el segundo capítulo.

De la teoría de Alexy se pueden extraer ciertos elementos puntuales fundamentales:

1. La teoría de la argumentación jurídica, tal y como el mismo Alexy lo acepta, no constituye garantía de una única solución correcta.
2. Pueden existir, para un mismo caso, soluciones contrarias, sin embargo, a cada una se les puede atribuir la propiedad de la racionalidad, esto es, que pueden ser fundamentadas discursivamente.
3. Alexy concibe el sistema jurídico como un sistema procedimental, de un lado, y por otro, como un sistema de normas; respecto del primero, reconoce cuatro niveles, cuales son, el discurso

práctico general, la creación de la ley, el discurso jurídico y el proceso judicial.

4. Al igual que Ronald Dworkin, Robert Alexy efectúa una distinción, en el ámbito de la concepción del sistema jurídico como un sistema de normas, entre reglas y principios; la forma de aplicar las normas es la subsunción, en tanto que para los mandatos de optimización procede la ponderación.
5. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy solo se puede evaluar de modo tal que se considere en algunos aspectos válida, desde el punto de vista de la verdad como consenso.
6. Alexy, tal y como Atienza lo advierte, no puntualiza de manera explícita el significado que atribuye al concepto de discurso jurídico
7. Se podría argumentar que no en todos los eventos existe la pretensión de corrección (por ejemplo en el caso de las partes en litigio, a quienes no interesa la verdad, sino solamente obtener la situación más provechosa para sus poderdantes, contradiciendo así la regla de la sinceridad), crítica que parece sortear Alexy al plantear que la pretensión de corrección *“A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos en cuestión sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente”*¹⁸³.
8. Alexy no da una respuesta satisfactoria al interrogante de si *“¿sigue siendo la argumentación jurídica un ejemplo de racionalidad discursiva cuando hay que aplicar una norma claramente racional o injusta?”*¹⁸⁴, de modo tal que se puede concluir que *“la tesis del caso especial solo sirve si se presupone la justicia del derecho positivo”*¹⁸⁵.

¹⁸³ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 274.

¹⁸⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 194.

¹⁸⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 195.

9. Aunque Alexy si considera los argumentos de tipo finalistas en su teoría, no les otorga mayor relevancia, ni los relaciona de manera íntima con los de corrección, concentra toda su atención en los últimos, de modo tal que, la teoría por él propuesta, solo serviría para algunos aspectos del derecho, dejando de lado aquellos como el derecho económico y administrativo, en los que *"justificar una decisión significa a menudo no tanto –o no sólo- mostrar que es correcta (que es discursivamente racional), sino que permite alcanzar determinados fines"*¹⁸⁶.
10. La teoría procedimental de Alexy parece en exceso ser de ese corte, porque en últimas no analiza la justificación de las decisiones jurídicas, sino *"la justificación de tales procesos de justificación"*¹⁸⁷.
11. Por último, Alexy no presta atención a aquellos casos en los que no puede decidirse sin que exista trasgresión al ordenamiento jurídico, es decir, los casos denominados "trágicos". Su explicación se agota en aseverar que en los casos difíciles no existe una única respuesta correcta, lo cual es comprensible toda vez que la aplicabilidad de la teoría de Alexy se encuentra condicionada a la aceptación del carácter consensual de la verdad y su funcionamiento desde la concepción de un ordenamiento jurídico justo, lo cual en últimas, termina siendo, por decir lo menos, ingenuo.

3.6. Teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza

Manuel Atienza en su obra "Las Razones del derecho", destina el último de los capítulos para, desde la crítica de los elementos deficientes y/o ausentes de las teorías de la argumentación jurídica por él analizadas, construir o sugerir la

¹⁸⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 197.

¹⁸⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 199.

manera de construir una teoría de la argumentación jurídica con pretensión de completitud o que por lo menos se extienda, contemplando aspectos dejados de lado por los autores más relevantes.

En ese sentido, la primera apreciación de Atienza consiste en establecer las partes mínimas que una teoría de la argumentación jurídica debe tener en cuenta para ser considerada como una teoría plenamente desarrollada, de tal suerte que *“debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma”*¹⁸⁸. Respecto del objeto, el autor en comento efectúa ciertos comentarios, algunos de los cuales a continuación se relacionan:

- Una teoría de la argumentación jurídica debe tener en cuenta más los hechos, porque de aquellas analizadas, entre ellas las denominadas “estándar” (la de Neil MacCormick y Robert Alexy) se ocupan casi que de manera exclusiva del aspecto normativo, dejando de lado el aspecto referido, que en la vida jurídica práctica tiene una relevancia trascendental.
- La teoría de la argumentación jurídica no debe ser examinada solo desde la teoría del derecho y en contacto con la teoría moral, sino que debe ser analizada desde elementos que tienen una influencia directa sobre ella como la teoría sociológica y las investigaciones de tipo empíricas.
- La teoría de la argumentación jurídica se centra casi que de manera exclusiva en los espectros de interpretación y de aplicación del derecho, sin embargo, no ahonda sobre la producción normativa positiva; este vacío debe ser llenado, toda vez que, por ejemplo, para el caso de Alexy, la racionalidad del discurso jurídico que plantea,

¹⁸⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 204.

depende como limitante, de la racionalidad de la ley, situación que advierte, pero sobre la que no realiza mayor aporte.

- Una teoría más compleja de la argumentación jurídica debe analizar escenarios diferentes a los de la decisión judicial, que es el ámbito que tradicionalmente se ha usado para describirla, escenarios como los de la de los métodos alternativos de resolución de conflictos, es decir, la conciliación, la mediación o la amigable composición deben ser estudiados.
- Las teorías de la argumentación jurídica se han ocupado tan solo de prescribir lo que se debe hacer en los eventos de la decisión judicial, dejando de lado la descripción de lo que en realidad los operadores jurídicos (y los demás actores de las otras esferas argumentativas realizan, como en la producción legislativa) plasman cuando justifican su decisión; una teoría completa de la argumentación jurídica debe tener en cuenta ese elemento descriptivo.
- Por último –dice Atienza-, no solo se deben construir parámetros para justificar la decisión (es decir, cómo se argumenta que la decisión está justificada) sino también un método “*que permita describir cómo se fundamentan de hecho las decisiones tomadas*”¹⁸⁹, esto es, el proceso mental argumentativo que le permite al juez llegar allí, o en términos más simples, una teoría de la argumentación jurídica debe tener también como objeto, el contexto de descubrimiento.

Siguiendo con la línea trazada, Manuel Atienza analiza el aspecto metodológico que una teoría de la argumentación jurídica debe tener; es decir, un método para representar adecuadamente el proceso real de argumentación (decisión en sentencia por ejemplo) y los criterios para establecer la mayor o menor corrección de ésta. En ese sentido, Atienza considera que una de las ausencias vertebrales de las teorías de la argumentación jurídica es ésta, ya que no se ha elaborado un

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 207.

procedimiento “*que permita representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones*”¹⁹⁰; en efecto, a la lógica formal deductiva se ha acudido tradicionalmente para dar explicación a ese fenómeno, siendo ella una herramienta insuficiente para dar cuenta de ello, básicamente porque no todos los argumentos se pueden traducir o leer en forma de inferencia lógica.

Atienza considera que un fragmento de argumentación jurídica puede “*representarse adecuadamente si se utilizan diagramas que permitan dar cuenta tanto del aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático de la argumentación*”¹⁹¹ sobre la relación que los argumentos tienen entre sí, Atienza presenta dos tipos de esquemas, el primero de ellos, refleja el aspecto semántico, en tanto que el segundo representa el pragmático; estos esquemas serán estudiados en el capítulo segundo de este documento.

Atienza plantea que, a partir de estos esquemas, se puede aún diseñar un modelo que permita reconstruir la argumentación jurídica que se lleva a cabo cuando se aborda un caso difícil, de modo tal que, establece las pautas para analizar los casos por pasos. (1) criterio a examinar para poner en práctica los pasos es determinar si se está o no frente a un caso difícil, para ello adopta los problemas jurídicos¹⁹² que MacCormick advierte; a continuación (2) y una vez concluido que el caso tratado es uno de aquellos, Atienza formula como ejemplo un problema de tipo interpretativo para poner en juego su propuesta; en ese sentido (para el evento del problema interpretativo), se debe determinar si éste se presenta por insuficiencia o exceso de información, correspondiendo el primero a un caso en el que no existe norma que prevea solución para lo ventilado, en tanto que el

¹⁹⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 208.

¹⁹¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 209.

¹⁹² Los problemas jurídicos son: 1) de relevancia (dudas sobre la norma aplicable al caso), 2) de interpretación (cómo debe entenderse la norma o normas aplicables al caso?), 3) de prueba (atañe a los hechos, a la duda sobre si ellos ocurrieron o no) y 4) de calificación (si determinado caso corresponde al contenido normativo de determinada regla), sobre la adecuación de estos problemas al caso transcrito véase ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 211.

segundo acaece cuando la regla soporta racionalmente más de un entendimiento, cada uno de ellos contrarios entre sí.

Posteriormente (3) se plantean hipótesis para solucionar el problema, así, si se trata de un caso con insuficiencia de información, se deben crear las suficientes premisas que permitan desatar el caso, siendo la primera, una reformulación de la norma, en tanto que si el problema es de exceso de información, se debe optar por una de entre tantas interpretaciones plausibles.

Acto seguido (5), se deben justificar aquellas hipótesis por las cuales se optó. Si se pretende justificar ante un caso de insuficiencia de información, se debe echar mano de la argumentación analógica, que en concepto de Atienza, al igual que los argumentos de reducción al absurdo, “*no son propiamente argumentos, sino estrategias o formas de argumentación que, desde luego, pueden aparecer entrelazadas en un proceso complejo de argumentación*”¹⁹³; tipo de argumentación que incluye a su vez, argumentación *a pari* o *a simili*, e *contrario* o *a fortiori*. Por otro lado, si el problema se manifiesta por exceso de información, se debe dar paso a la argumentación de *reductio al absurdum*; lo que trata de mostrar esa argumentación “*es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias (...) inaceptables*”¹⁹⁴.

Por último (6), se pasa de las premisas a la conclusión, este paso corresponde al esquema de justificación interna.

De otra parte, sin embargo, y aunque reconoce la insuficiencia de las reglas planteadas por la teoría estándar de la argumentación jurídica para definir la mayor o menor corrección de las diferentes posibles decisiones en los casos

¹⁹³ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 213.

¹⁹⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 213, sobre un ejemplo ceñido al caso del Grapo, véase ésta página.

difíciles¹⁹⁵, no sugiere ningún tipo de criterio con el que se puedan subsanar dichas falencias y se limita a considerar que se debe extender la noción de la racionalidad práctica.

Acorde a lo expuesto:

1. La argumentación jurídica da cuenta de los elementos, presupuestos y reglas que de manera prescriptiva son expuestas por las diferentes teorías para determinar con algún grado de certeza, si la justificación, las razones o argumentos esbozados por quien pretende que la decisión, ponencia o tesis sea aceptada son racionales.
2. El modelo de Toulmin se aparta de la lógica formal deductiva; aunque no proporciona elemento alguno de juicio que permita afirmar la racionalidad o no de alguna de las interpretaciones elegidas por el órgano decisor ante una norma que permite más de una válida, es decir, de las decisiones adoptadas por los jueces en los denominados casos difíciles, confecciona un modelo simple que puede ser perfectamente aplicado a las decisiones judiciales.
3. La ausencia de elementos que permitan definir cuando una decisión es racional o no y un esquema que determine la jerarquía de los tópicos, permite afirmar que el planteamiento de Viehweg se encuentra desprovisto de método, y estructuración, siendo su aporte, fundamentalmente una exploración del razonamiento jurídico desde una perspectiva diferente de la lógica, ubicando los argumentos en el ámbito tópico, espacio en el que no se debe tener en cuenta el método deductivo,

¹⁹⁵ En el ejemplo por Atienza analizado se pueden tener tres soluciones, en principio todas ellas dables: 1) la administración debe alimentarles cuando existe grave riesgo para la salud (la decisión finalmente adoptada), 2) la administración solo les puede alimentar cuando los reclusos hayan perdido la conciencia (que en concepto de Manuel Atienza es la opción más racional) y, 3) la administración no les puede alimentar bajo ninguna circunstancia.

ya que a la jurisprudencia no le es aplicable la sistematización propia de éste.

4. Al igual que sucede con los dos autores anteriormente reseñados, el aporte de Perelman se encuentra desprovisto de profundidad esquemática, toda vez que no puntualiza ningún sistema de análisis de los argumentos jurídicos, tampoco una técnica argumentativa, ni da cuenta del proceso de argumentación, ni ofrece parámetros para determinar cuándo se está frente a una argumentación sólida y racional y cuando no; sin embargo, su análisis fue la génesis teórico para dotar de razonamiento práctico a las decisiones judiciales, considerando la argumentación como un método de adhesión del auditorio a la o las tesis del hablante.
5. El planteamiento de MacCormik es un intento por encontrar un punto intermedio entre el ultrarracionalismo (única respuesta correcta) y el irracionalismo (la decisión está dada por la mera voluntad del juez), si bien es cierto que deja de lado los hechos y la prueba de los mismos, que, en tratándose de argumentación jurídica son aspectos fundamentales a abordar, plantea un esquema básico de argumentación, según el cual, para los casos fáciles se debe usar la justificación deductiva, que se asimila a la justificación interna de Alexy; en tanto que para los casos difíciles, por su parte, acude a una justificación de segundo nivel (similar a la justificación externa de Alexy) en la que se usan argumentos consecuencialistas (consecuencias a futuro de la decisión) y de coherencia (argumentos analógicos por ejemplo) y consistencia (que la decisión esté acorde con el ordenamiento jurídico).
6. Robert Alexy considera que el discurso jurídico es una forma específica del discurso práctico general, su teoría presta suma atención a los procedimientos que se deben adelantar con el objeto de predicar la racionalidad de los enunciados, motivo por el cual su teoría ha sido denominada “procedimental”, no obstante, este procedimentalismo lo

lleva a que antes que analizar la justificación de las decisiones jurídicas, se centre en la justificación de esos procesos de justificación. La teoría de Alexy es válida siempre y cuando se acepte el carácter consensual de la verdad y la existencia de un ordenamiento jurídico justo, aunque ésta característica del ordenamiento no implica en medida alguna la posibilidad de una única respuesta correcta, por el contrario, el autor asegura la existencia de soluciones contrarias racionales para un mismo caso, siempre y cuando puedan ser fundamentadas discursivamente.

CAPÍTULO 2

PRUEBA ILÍCITA

En el segundo capítulo del informe final se hará explícita referencia a la prueba ilícita, aspecto fundamental para el objetivo específico 2 del proyecto de investigación; de tal modo que se iniciará por la definición de ésta y se continuará con los antecedentes históricos de la misma, de igual manera se describirá el manejo que en ciertos ordenamientos se le ha dado y las clases de pruebas ilícitas, para terminar con una somera descripción de las excepciones a la regla de exclusión de las mencionadas pruebas en Estados Unidos y España y naturalmente, el desarrollo y las consideraciones que sobre la materia existen en Colombia.

1. Definición de la prueba ilícita

Respecto de la finalidad del proceso jurisdiccional se han propuesto un sinnúmero de objetivos¹⁹⁶ a través de los años, todos ellos con consecuencias pragmáticas

¹⁹⁶ Tales como la resolución pacífica de conflictos, la "impartial administration of justice or of the law" expuesta por Ladd y la verdad (propuesta en la que tiene mucha influencia el utilitarismo de

diferentes; sin embargo, quizá en el ámbito penal existe un objetivo institucional que ha reunido a su alrededor un mayor consenso que los demás, atendiendo seguramente al especial matiz que lleva implícito esta rama del derecho; esto es, nada más y nada menos que la libertad y en ciertos casos y en diferentes latitudes, hasta la vida misma de los indiciados. En ese sentido, el descubrimiento de la verdad material¹⁹⁷ se ha erigido como fin principal¹⁹⁸ (aunque no único) del proceso penal, y de ello depende, en gran medida, la concepción de la prueba ilícita. En efecto, los países europeos y aquellos con tradición romano-germánica como Colombia encuentran en ésta, y en el principio de legalidad, el fundamento primordial para relevar de toda eficacia las pruebas obtenidas con violación, tanto de los derechos fundamentales, como de los parámetros legales establecidos¹⁹⁹. Respecto del principio de legalidad, explica Teresa Armenta Deu:

En los países de tradición jurídica continental, la prueba ilícita figura, en primer término, como exponente del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la Ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha Ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento y en enervar la presunción de inocencia a través de <<pruebas legales>>²⁰⁰.

En la otra vertiente, tratar la discusión sobre la constitución de la verdad material como fin del proceso no resulta del resorte de éste proyecto, basta con señalar

Bentham) son fácilmente identificables como denominador común en autores que han abordado la materia.

¹⁹⁷ En ese sentido Jordi Ferrer considera: “...sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios” en FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Op. Cit. p. 30.

¹⁹⁸ Por lo menos en los países regidos por el civil law.

¹⁹⁹ En Colombia por ejemplo, la regla se encuentra estipulada en el artículo 29 de la Constitución Política en los siguientes términos: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Y es casi que trascrita en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, adicionándole la regla de exclusión para pruebas derivadas del siguiente modo: “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”.

²⁰⁰ ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Madrid: Editorial Marcial Pons. 2009. p. 20.

que múltiples ordenamientos jurídicos²⁰¹ han legislado teniendo éste fin como guía. Muestra de ello, son las facultades que de oficio tienen los entes investigadores de algunos países para indagar sobre determinados delitos, países por regla general ligados a la tradición romano-germánica, en tanto que aquellos pertenecientes al denominado *common law* no cuentan con dichas prerrogativas, tal es el caso de Inglaterra y Estados Unidos²⁰².

Si la verdad material y el principio de legalidad son el fundamento de la exclusión de las pruebas ilícitas en las legislaciones del *civil law*²⁰³, en el *common law* la exclusión de las mismas (*exclusionary rule*) tiene no un fundamento, sino por el contrario, una función, cual es la de persuadir a los miembros de las fuerzas de policía, para que en el futuro no usen ese tipo de métodos con el objeto de obtener pruebas incriminatorias (*deterrent effect*), por una parte, y por otra, la de no igualar al Estado con el delincuente (*judicial integrity*), admitiendo pruebas que violan la ley por él establecida. Efectivamente, “*Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence [...] If the Government become a law-breaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself (Elkins,*

²⁰¹ Véase ARMENTA DEU, Teresa. *Ibíd.* p. 21. En donde refiere disposiciones del derecho alemán, francés, belga, español y portugués.

²⁰² En donde el ejercicio de la función investigativa se encuentra en cabeza de la policía, función que adelanta discrecionalmente.

²⁰³ Si bien es cierto, en el derecho romano se hallan las primeras aplicaciones del principio de legalidad, su origen concreto se observa en la Carta Magna de 1215, en la que se lee en su artículo 48: “nadie podrá ser arrestado, aprisionado ... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país” y con posterioridad se plasma en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en los artículos 5 y 8, conduciendo de este modo a la universalidad del principio, por lo general concretado en las Constituciones de cada Nación; y aunque es innegable que en países del Common law como Estados Unidos, el principio goza de plena efectividad y encuentra consagración constitucional, no es menos cierto que éste no fundamenta la regla de exclusión, tal y como se verá adelante; de un lado, y por el otro, el sistema penal norteamericano no propende por la búsqueda de la verdad, siendo muestra de ello que el 95% de los casos termina con una negociación entre la fiscalía y el imputado en la que el último acepta su responsabilidad penal, aun cuando no haya cometido el ilícito (*Plea of guilty*), toda vez que afrontar un juicio es sumamente costoso, tal y como lo asevera el profesor Michele Taruffo En: TARUFFO, Michele. Conferencias Módulo “La verdad y la prueba, aspectos problemáticos”. En: especialización en derecho procesal contemporáneo, impartido en la Universidad de Medellín los días 24, 25 y 26 de Febrero de 2011.

*364 US. At 222)*²⁰⁴, “Cabe concluir, así, que la regla de exclusión persigue poner límites al quehacer policial en la búsqueda de elementos incriminatorios, preservando determinados derechos constitucionales contemplados en diferentes Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, y con ello la integridad judicial”²⁰⁵.

De conformidad con lo arriba anotado se puede aseverar que el concepto de prueba ilícita no es homogéneo en todos los ordenamientos jurídicos, ya que en éste se pueden “*incorporar patologías jurídicas en ocasiones notablemente diversas*”²⁰⁶, por tanto, un acercamiento conceptual a la prueba ilícita no resulta pacífico, aunque se puede mencionar de éste algo más o menos como sigue:

No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no sólo éstos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho de inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes)²⁰⁷

De otro lado, José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martínez Morales realizan un esbozo interesante sobre la noción de prueba ilícita:

Existe prueba ilícita cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Por consiguiente, no siempre que existe menoscabo de un derecho fundamental y actividad probatoria estamos ante un supuesto de ilicitud probatoria. Por ejemplo, cuando se utiliza como medio de prueba un material no sometido a la oportuna contradicción no cabe hablar de ilicitud probatoria aunque se haya lesionado el derecho fundamental de defensa (.....) Normalmente la ilicitud probatoria acontece en el procedimiento preliminar o fase de investigación, pero nada impide que también exista en la

²⁰⁴ ALLEN, STUNTZ, HOFFMANN y LIVINGSTON, “Comprehensive criminal procedure”, Aspen Law & Business, p. 330. En: ARMENTA DEU, Teresa. *Ibid.* p. 28.

²⁰⁵ ARMENTA DEU, Teresa. *Op Cit.* p. 30.

²⁰⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *Op Cit.* P. 31.

²⁰⁷ ARMENTA DEU, Teresa. *Op Cit.* p. 22.

fase de juicio oral, por ejemplo, cuando no se advierte al testigo que puede quedar exento del deber de declarar por razones de parentesco²⁰⁸.

Ada Pellegrini Grinover, por su parte considera:

Por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad²⁰⁹.

En tanto que Jairo Parra Quijano piensa que:

La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables²¹⁰.

Y Hernando Devis Echandía la caracteriza del siguiente modo: *“las que están, expresa o tácitamente, prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”*²¹¹

Por último, Enrique Falcón asevera *“Una prueba es ilícita en general cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos en la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado”*²¹².

²⁰⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. La teoría de la conexión de antijuridicidad. En: Estudios, Justicia democrática. Madrid: Editorial Trotta, p. 39.

²⁰⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica. Año 7 No. 10. septiembre de 1995, p. 22. En: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA. décima cuarta edición. 2004. p. 27.

²¹⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, décima cuarta edición. 2004. p. 23.

²¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1995). Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC. Quinta edición. Bogotá. 1995. p. 539.

²¹² FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003. p. 770.

Así las cosas, la prueba ilícita es una figura jurídica en virtud de la cual, tras ser declarada procesalmente, se eliminan los efectos probatorios procesales que esta tiene la vocación de brindar, en razón de la violación de derechos y formas que en su obtención se observaron.

2. Referencia histórica de la prueba ilícita en el Common Law

Ya que las más inmediatas y cercanas referencias sobre prueba ilícita provienen del common law, en el presente apartado se realizará una exclusiva reseña de ordenamientos pertenecientes a esta vertiente del derecho; es así, que en Inglaterra ya en 1769 se hacía la primera anotación al respecto por parte del Lord Chief Justice Mansfield²¹³ quien expresaba que en las causas penales, la corte no podía obligar al acusado a producir evidencia que actúe en su contra, o lo que es lo mismo, a rendir testimonio en detrimento propio²¹⁴, y que si por cualquier motivo, esto llegare a suceder, no produciría efecto negativo alguno sobre el imputado, durante el juicio²¹⁵, y en algunos eventos, los sindicados podían hacer uso de un recurso jurisdiccional (replevin) para suprimir y recuperar la posesión de algunas pruebas ilegalmente incautadas. Con la aparición de la carta de derechos (Bill of Rights²¹⁶), documento mediante el cual se introdujeron las primeras diez

²¹³ Quien anotaba lo siguiente: *“In civil causes, the court will force parties to produce evidence which may prove against themselves; or leave the refusal to do it (after proper notice) as a strong presumption, to the jury....But in a criminal or penal cause, the defendant is never forced to produce any evidence; though he should hold it in his hands in court”*, Véase: BURROW, James. Reports of cases argued and adjudged in the Court of King’s Bench during the time Lord Mansfield presided in that Court. London: W Clark and sons and J. Butterworte. Third edition, Vol. IV. 1812. p. 2583.

²¹⁴ Traducción propia del último aparte del extracto de la expresión de Lord Mansfield y trascrita en la cita anterior.

²¹⁵ *“If any evidence or confession has been extorted from her, it will be of no prejudice to her on the trial”*. Véase: LEACH, Thomas. Cases in crown law determined by twelve judges; by the Court of King’s Bench, and by the commissioners of oyer and terminer, and general gaol delivery; from the fourth year of George the second, 1730, to the fifty fifth year of George the third, 1815. Fourth edition, Vol. 1. London. 1815, p. 123.

²¹⁶ Presentada por James Madison en 1789 al Congreso de los Estados Unidos y con efectos constitucionales desde 1791, documento que no debe ser confundido con el Bill of Rights de 1689

enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América se da paso a la resolución jurisdiccional de controversias respecto de la prueba ilícita, de manera específica por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con base en las enmiendas IV y V, que son como se transcriben:

IV ENMIENDA²¹⁷

No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

V ENMIENDA²¹⁸

Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.

Y aunque fueron estas dos enmiendas sobre las cuales se inició la conformación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la prueba ilícita (exclusionary rule), no es menos cierto que con base en las enmiendas VI y el numeral 1 de la XIV también se han proferido fallos excluyendo pruebas debido a su violación:

expedido por el Parlamento Inglés y que se erigió como precedente de la Independencia de los Estados Unidos.

²¹⁷The 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, and the persons or things to be seized.

²¹⁸No 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 offense 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.

VI ENMIENDA²¹⁹

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

XIV ENMIENDA²²⁰

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

La primera referencia jurisprudencial emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre exclusión de pruebas por obtención ilegal de la misma se encuentra en el caso de *Boyd v. US*²²¹ (1886), en el cual se excluyó la prueba²²² por violación de la IV enmienda, sin embargo, el referente obligado e hito de la exclusión de pruebas por ilicitud en su obtención, la constituye el caso *Weeks vs. US*²²³ (1914), sentencia en la cual, la Corte Suprema de los Estados Unidos

²¹⁹ In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

²²⁰ 1. 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.

²²¹ 116 U.S. 616

²²² The search was "an 'unreasonable search and seizure' within the meaning of the Fourth Amendment.

²²³ 232 U.S. 383.

analizó el alcance de la IV enmienda, estableciendo que la afirmación allí establecida, según la cual las personas no estarían expuestas a registros y allanamientos irrazonables, tiene efectos pragmáticos de desconocimiento procesal de la prueba por estos métodos obtenida; resolución que es de destacar, ya que *contrario sensu* de la legislación colombiana, en Estados Unidos, la exclusión de pruebas ilícitas no fue consagrada como un derecho constitucional personal, sino como un instrumento disuasorio de las violaciones a los derechos constitucionales²²⁴.

Aunque existen un sinnúmero de casos relevantes ventilados en la Corte Suprema de los Estados Unidos que aportan elementos importantes y diferenciadores doctrinalmente, quizá una de las sentencias más importantes y que merece ser mencionada es la proferida en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs US*²²⁵ (1920), a partir de la cual se creó la doctrina conocida como la fruta del árbol envenenado (*Fruit of the poisonous tree*²²⁶)²²⁷.

También es de anotar que por vía jurisprudencial se han establecido ciertas excepciones a la exclusionary rule y que más adelante serán objeto de desarrollo

²²⁴ Véase: GÓMEZ-JARA, C. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso *Hudson vs. Michigan* y el ocaso de la "Exclusionary Rule en EEUU. En: Revista de Derecho y Procesal Penal, núm. 20, Aranzadi, 2008, pp. 23 y ss. En ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 22.

²²⁵ 250 U.S. 385.

²²⁶ En el caso *Silverthorne Lumber co. vs. US* se declaró la ilegalidad de unas copias tomadas por parte de agentes federales de los libros fiscales de Silverthorne, libros incautados de manera igualmente ilegal, creándose por esta vía una extensión de la regla de exclusión, ya que de otro modo se alentaría a la policía a pasar por encima de la IV enmienda. *allowing evidence gathered as an indirect result of an unconstitutional search and seizure "reduces the Fourth Amendment to a form of words.*

²²⁷ Tal y como se avistó en la referencia realizada al caso *Silverthorne Lumber co vs US*, la doctrina de la fruta del árbol envenenado, de estricta creación jurisprudencial norteamericana, establece la exclusión de las pruebas, que aun siendo legales en sí mismas; provienen directamente o fueron obtenidas a partir de una prueba ilícita, transmitiendo por esta vía, la ilegalidad de la primera, a la segunda. En ese sentido, el aparte final del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal de Colombia dispone:

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

sucinto; excepciones mediante las cuales se admiten pruebas que en principio deberían ser invalidadas, algunos ejemplos de ellas son:

- La regla de la buena fe (The good faith rule), US vs. León²²⁸ (1984).
- Descubrimiento inevitable (inevitable discovery), Nix vs. Williams (1984).
- La regla del standing, Rakas vs. Illinois²²⁹ (1978).
- La excepción de atenuación, Rawlings vs Kentucky (1980).

La regla de exclusión tiene otras excepciones, aunque no de carácter casuístico aplicables doctrinalmente, sino más generales y atinentes a la estructura misma del procedimiento en el ordenamiento jurídico americano, tales como su no procedencia en los casos civiles, en los procesos adelantados ante el Gran Jurado y en las audiencias para la revocación de la libertad condicional (parole revocation hearing).

A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es referente obligatorio respecto de la prueba ilícita en el mundo, ya que ésta se ha encargado de proferir decisiones que emulan la gran mayoría de legislaciones occidentales, la misma corporación, recientemente, ha tomado un rumbo diferente del tradicional, dirección en la que “*se llega a cuestionar la pervivencia de la repetida regla de exclusión*”²³⁰. Efectivamente, la decisión adoptada en el caso Hudson vs. Michigan²³¹ (2006) pone en tela de juicio la exclusión de pruebas ilícitas, por lo menos en el país de Norteamérica. Sin embargo, esta tendencia no responde a criterios de desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales, de modo tal que, no puede ser tenida en cuenta ni afecta ordenamientos como el colombiano en el que la razón de ser de la exclusión de

²²⁸ 468 U.S. 897.

²²⁹ 439 U.S. 128.

²³⁰ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 146.

²³¹ 547 U.S. 586.

pruebas ilícitas es la violación derechos fundamentales de los asociados (principio de legalidad, entre otros).

Lo anterior en razón de los motivos que condujeron a la Corte Suprema de los Estados Unidos a proferir la mencionada sentencia; es decir, la Corte Suprema consideró que *“no se puede asumir que la exclusión en el contexto actual ofrece efectos disuasorios necesarios simplemente porque hace mucho tiempo consideramos que era un efecto disuasorio necesario”*²³². Justamente, como antes se anotó, la *exclusionary rule*, antes que una finalidad, tiene una función doble en el sistema jurídico americano, a saber, la *deterrent effect* y la *judicial integrity*²³³; de tal suerte que, si existen otros medios que satisfagan plenamente las funciones mencionadas, no existirá la necesidad de usar la regla. Fue éste, precisamente, el análisis que la Corte Suprema de Estados Unidos efectuó y en virtud de las acciones civiles (responsabilidad civil) y disciplinarias que se pueden adelantar en contra de los funcionarios policiales que recauden pruebas con violación de normas constitucionales (las enmiendas trascritas) consideró que no existía la necesidad de excluir la prueba ilícita, ya que estas eventuales acciones ofrecen una disuasión efectiva. *“Así, las pruebas ilícitas podrán valorarse en el juicio con independencia de las acciones civiles y/o disciplinarias que se ejerciten contra los agentes de policía (funcionarios públicos) que han obtenido dichos materiales probatorios ilícitos”*²³⁴, en los siguientes términos se refería el juez Antonin Scalia:

Suppression of evidence, however, has always been our last resort, not our first impulse. The exclusionary rule generates "substantial social costs," United States v. Leon, 468 U.S. 897, 907 (1984), which sometimes include setting the guilty free and the dangerous at large. We have therefore been "cautious against expanding" it, Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157, 166 (1986), and "have repeatedly emphasized that the rule's 'costly

²³² ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 147.

²³³ Funciones y significados vistos *supra*.

²³⁴ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 147.

toll' upon truth-seeking and law enforcement objectives presents a high obstacle for those urging [its] application," Pennsylvania Bd. of Probation and Parole v. Scott, 524 U.S. 357, 364-365 (1998) (citation omitted). We have rejected "indiscriminate application" of the rule, Leon, supra, at 908, and have held it to be applicable only "where its remedial objectives are thought most efficaciously served," United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 348 (1974) – that is, "where its deterrence benefits outweigh its 'substantial social costs,'" Scott, supra, at 363, (quoting Leon, supra, at 907). Whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case is an issue separate from the question whether the Fourth Amendment rights of the party seeking to invoke the rule were violated by police conduct²³⁵.

Según lo expuesto, la exclusión de las pruebas ilícitas directas es imperativa en virtud de precedentes judiciales sólidos; sin embargo, no sucede lo mismo con la exclusión de pruebas ilícitas derivadas, en las que se puede acudir a ciertas excepciones jurisprudenciales en cada caso concreto. No obstante, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos indica un franco declive del uso de la regla de exclusión, toda vez que existen otros medios idóneos que

²³⁵ El hecho de que el juez Scalia se haya encontrado de acuerdo con la decisión permite entrever la trascendencia que, por lo menos en vigencia de la actual Corte (que desde ese fallo, a la fecha, ha cambiado dos jueces), tendrá el cambio de posición jurisprudencial, ya que el juez Scalia junto con el juez Alito, son los más conservadores de la Corte y hacen parte de los denominados Originalistas. Justice Scalia, opinión of the court en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-1360.ZO.html>, consultada el 6 de marzo de 2011 a las 6:00 p.m. traducción propia:

La supresión de pruebas, sin embargo, siempre ha sido nuestro último recurso, no es nuestro primer impulso. La regla de exclusión genera "importantes costos sociales" (en Estados Unidos contra León, 468 EE.UU. 897, 907 (1984)), que en ocasiones implica la libertad a los culpables, algo peligroso en general. Por tanto, hemos sido "prudentes con su ampliación" (Colorado v. Connelly, 479 EE.UU. 157 y 166 (1986)), y "en repetidas ocasiones se ha enfatizado en lo costoso de la regla" por sobre la búsqueda de la verdad y los objetivos de hacer cumplir la ley, representando un obstáculo para aquellos que quieren su aplicación (Pennsylvania Bd. de Libertad Vigilada y Libertad Condicional contra Scott, 524 EE.UU. 357, 364 a 365 (1998) (citas omitidas)). Hemos rechazado la "aplicación indiscriminada" de la norma (León, supra, en 908) y se ha sostenido que sólo se puede aplicar "donde se considera que se sirve de manera más eficaz a los objetivos de recuperación" (United States v. Calandra, 414 EE.UU. 338, 348 (1974)) - es decir, "en los eventos en los que sus beneficios son mayores que su disuasión" (Scott, supra, en 363 (citando a León, supra, 907)). Si la sanción de exclusión impuesta es adecuada en un caso concreto es una cuestión independiente de la cuestión de si los derechos de la Cuarta Enmienda de la parte que invoca la regla fueron violados por la conducta policial.

permiten disuadir a los agentes de policía de la obtención por medios ilícitos de la prueba, cumpliendo de esta manera, con la función prevista para esa institución.

3. Tratamiento de la prueba ilícita en algunos ordenamientos²³⁶.

Tal y como se registraba *supra*, los países de tradición romano-germánica encuentran en el principio de legalidad y en la averiguación de la verdad material como finalidad del proceso, el fundamento de la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos o sin el seguimiento de las formas preestablecidas; en ese sentido, las diferentes legislaciones tienen, por regla general, normas de derecho positivo que prevén esta situación del derecho; sin embargo, dicha regulación es, en algunos países más exhaustiva que en otros; encontrando desde aquellos que dan a la norma un rango constitucional, como Portugal²³⁷, México²³⁸ y Brasil²³⁹, disposiciones que naturalmente deben ser desarrolladas por compendios procesales de inferior categoría; hasta los que carecen de norma explícita que prevea una regla de exclusión como es el caso de Francia y Argentina²⁴⁰. En Francia se hace uso de las nulidades en razón de la vulneración de formalidades sustanciales²⁴¹, lo que ha llevado a la jurisprudencia a determinar los parámetros para establecer dicha trasgresión, puntualizando que se presenta cuando se violan derechos fundamentales o cuando existe deslealtad; este último

²³⁶ Véase ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. Cap. 1.

²³⁷ Artículo 32 de la Constitución de 1976: La nulidad de todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio o en la correspondencia o telecomunicaciones

²³⁸ Artículo 20.IX del decreto de 17 de junio de 2008 mediante el cual se adiciona y reforma la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

²³⁹ Artículo 5, inciso LVI de la Constitución.

²⁴⁰ En donde, al igual que en Francia, se acude al sistema general de nulidades para restarle eficacia a las pruebas obtenidas ilegalmente, ya que no existe previsión constitucional expresa o en los compendios procesales penales del estado o de las provincias, así pues, el artículo 168.2 del CPPN dispone: solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

²⁴¹ Artículo 171 CPP: Habrá nulidad cuando el desconocimiento de una formalidad sustancial prevista en una disposición de la presente Ley o cualquier otra disposición del enjuiciamiento penal haya atentado contra los intereses de la parte a la que se afecte.

“constituye una aportación de indudable interés”²⁴², “se trata de un principio general del derecho de origen jurisprudencial, en virtud del cual se incorpora un concepto jurídico indeterminado que permite excluir del proceso aquellas pruebas obtenidas acudiendo a mecanismos desleales, trampas o estratagemas que harían perder a la justicia la dignidad con la que debe luchar contra la delincuencia”²⁴³. Algunos ejemplos de su aplicación son los siguientes:

- Jueces que se hacen pasar por otras personas para obtener una confesión.
- Agentes de policía que invitan a cometer un delito.

De otro lado, existe un caso sui generis, cual es el de Italia, en donde existe norma expresa que prevé la prueba ilícita, pero la disposición no es de rango constitucional y sus efectos son de inutilizabilidad (inutilizzabilità), esta sanción se encuentra prevista de manera genérica en el artículo 191 CPP (prohíbe tanto admitir como valorar la prueba). El rasgo característico de este ordenamiento reside en el carácter “*netamente procesal*”²⁴⁴ de la salvaguarda, es decir, “*si la prohibición figura en una ley sustantiva, se trataría de <<prueba ilícita>>, utilizable, en principio, salvo que devenga inutilizzabili al contemplarse también una norma procesal en tal sentido*”²⁴⁵, quedando parcialmente por fuera aquellas (pruebas ilícitas) que atenten contra derechos fundamentales, ya que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la doctrina se encuentran divididos al respecto, debido a la interpretación del término “Ley”²⁴⁶ del artículo 191, apartado 1 CPP.

²⁴² ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 55.

²⁴³ BOURSIER. M.E., le principe de loyauté en droit processuel, 2003. En: ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 56.

²⁴⁴ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 38.

²⁴⁵ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 39.

²⁴⁶ Este apartado contiene la expresión “prohibiciones establecidas por la Ley”, de modo que algunos interpretan el término ley en un sentido amplio, según el cual, éste abarca también las normas de rango constitucional, en tanto que otro sector considera que el régimen de nulidades solo se debe aplicar a las violaciones probatorias expresamente establecidas en los códigos, Véase: ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 40.

En la legislación alemana no existe regulación expresa sobre la prueba ilícita, lo que sí está previsto son dos tipos de prohibiciones a saber: de producción, y de utilización (dentro del proceso), “*con arreglo a las primeras, la obligación de búsqueda de la verdad no es absoluta sino que caben límites en atención a diversas valoraciones*”²⁴⁷, estas son atinentes a los hechos, los métodos de obtención y los métodos de prueba; (ejemplo de los primeros son los secretos oficiales). Sin embargo, “*la violación de una prohibición de producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización*”²⁴⁸, ya que para que esta sanción se aplique se requiere una norma positiva que así lo disponga, o , en su defecto, “*una fundamentación teórica que aplique diversas teorías*”²⁴⁹ (teoría de la ponderación de intereses y doctrina del fin de protección de la norma por ejemplo).

Existe evidentemente una tensión entre las prohibiciones de prueba y el principio de investigación, mediante el primero se garantizan los derechos fundamentales y se respeta el clausulado constitucional en tanto que el segundo constituye un deber del Estado con miras a garantizar la paz social; desde el punto de vista de los fines de la pena, la norma tiene una “*doble función estabilizadora*”²⁵⁰, imponiendo una persecución penal efectiva y garantizando los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante la aplicación de “*prohibiciones de utilización de pruebas en caso de violaciones de los derechos del individuo*”²⁵¹. La teoría de la ponderación se aplica, entonces, atendiendo criterios como la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal, siempre teniendo presente los dos fines contrarios descritos en cada caso concreto.

²⁴⁷ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 49.

²⁴⁸ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 49.

²⁴⁹ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 49.

²⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 50.

²⁵¹ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 50.

Conforme a lo manifestado, existen países que han elevado la prohibición de valoración de pruebas ilícitas a rango constitucional directamente ligada a derechos fundamentales como el debido proceso; de otra parte, existen ordenamientos jurídicos que aplican a las pruebas ilícitas un régimen de nulidades sustancial, como el francés, que no obstante, permite cierto grado de discrecionalidad al juez para invalidar la prueba ilícita derivada, al determinar si la trasgresión se configura con calidad sustancial. De otro lado, en Italia, se aplica a las pruebas ilícitas un sistema de inutilizabilidad de carácter procesal, en tanto que en el sistema alemán no existe regla de exclusión ni régimen de nulidades, la falta de eficacia de la prueba depende entonces de la utilización de la teoría de la ponderación en cada caso, y de los criterios y situaciones que sopesa el operador judicial.

4. Clases de prueba ilícita.

a. Prueba directa

El término genérico de prueba directa, no circunscrita de manera exclusiva al tema de prueba ilícita hace alusión a aquellos elementos directamente relacionados con los hechos materia de litigio; “*el enunciado acerca de ese hecho es el objeto inmediato de la prueba*”²⁵². En ese sentido, en tratándose de prueba ilícita, aquella directa será la obtenida con violación de derechos fundamentales o las formas preestablecidas para obtenerla, dependiendo de la normatividad que rija el lugar en la que se obtuvo; dicha prueba, será inexorablemente, en la mayoría de casos, excluida del proceso.

b. Prueba derivada, efectos reflejos.

²⁵² TARUFFO, Michele. La prueba, Madrid: Editorial Marcial Pons. 2008. p. 60.

La prueba derivada, por su parte, a diferencia de las pruebas indirectas, no permiten en todos los casos una inferencia respecto del hecho principal ni ofrecen *“al juzgador información que sólo podrá utilizar como premisa de una inferencia que tenga como conclusión un hecho relevante del caso”*²⁵³, por el contrario, se constituyen en verdaderas pruebas plenas, pero derivadas de una ilícita; a esta situación se le ha denominado los efectos indirectos o reflejos de la prueba ilícita, *“conforme a la cual, al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras prueba que si bien son en sí mismas legales, no obstante están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal”*²⁵⁴. Esta categoría se encuentra revestida de la mayor importancia, ya que *“gran parte de las tesis que se utilizan para resolver la tensión en los casos de eficacia directa encuentran su origen en supuestos de eficacia indirecta o derivada”*²⁵⁵.

Partiendo de las consideraciones contenidas en las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre la materia²⁵⁶, la doctrina de los países de tradición romano-germánica le ha denominado a este fenómeno “la Teoría de los frutos del árbol envenenado” (Fruit of the poisonous tree doctrine). Sin embargo, toda vez que existen excepciones a la exclusión de la prueba ilícita directa, naturalmente existirán para las derivadas; estas excepciones serán materia de estudio en el próximo acápite.

Aunque lo siguiente no constituye una clasificación de pruebas ilícitas, si es una diferenciación que es valiosa efectuar entre la ilícita y la ilegal, ya que a nivel práctico se ha generado una confusión en su utilización, confusión que equipara ambos términos como si fueran lo mismo.

²⁵³ *Ibíd.* p. 60.

²⁵⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones del profesional Ltda., 14 edición. 2004. p. 37.

²⁵⁵ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 97.

²⁵⁶ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) por ejemplo.

4.1. Diferencia entre la prueba ilícita y la prueba ilegal.

La jurisprudencia y la doctrina, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado han diferenciado entre pruebas ilícitas e ilegales; en ese sentido, Jairo Parra Quijano **escribe**:

Esa nulidad comprende, tanto la llamada **prueba ilícita**, que, como ya se dijo, viola los derechos fundamentales, sea que esa violación se haya cometido para conseguir la fuente, o el medio probatorio. También la **prueba ilegal**, es decir, aquella que viola una norma legal. Y la **prueba irregular** desde el punto de vista procesal²⁵⁷.

En tanto que en la sentencia del 7 de septiembre de 2006 con radicación 21529 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia se consideró:

5.1 Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida. La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta. (...) Pero además, como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial: 5.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la

²⁵⁷ *Ibíd.*

omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba. (Subrayas fuera del texto original).

Con base en estas consideraciones la Corte Suprema en otra de sus providencias estableció: *“los defectos que dan lugar a la nulidad deben ser sustanciales y afectar la estructura del proceso, o las garantías fundamentales en modo trascendental”*²⁵⁸ y yendo más adelante, desestimó la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado para el caso concreto cuando reflexionó:

Por lo mismo, la legalidad de la indagatoria no está supeditada a la legitimidad de la captura, porque son actividades judiciales independientes, donde una no es presupuesto de la otra, de modo que la ilegalidad de la captura no vicia la versión de injurada, así se hubiese tomado durante el lapso de la privación ilegal de la libertad²⁵⁹.

En oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile a los fiscales regionales del país se impartieron directrices sobre el manejo de la prueba ilícita:

En doctrina se acostumbra distinguir entre prueba irregular o ilegal, por una parte, y prueba ilícita, por la otra. La primera resulta de la inobservancia de meras normas procesales, mientras que la segunda es aquella obtenida con infracción de normas sustantivas, sean de rango constitucional o legal, que reconocen derechos fundamentales²⁶⁰

No obstante, el Fiscal Nacional fue más allá de la tradicional explicación de la segregación entre estos dos conceptos al discurrir:

no puede trazarse una línea divisoria absoluta entre ambas clases de normas, ya que gran parte de las garantías procesales o derechos fundamentales relativos al proceso penal están incorporados en la misma ley procesal. Por eso es preferible designar como prueba ilegal a la que vulnera disposiciones procesales de carácter meramente formal, esto es, aquellas establecidas para la ritualidad del proceso (por ejemplo, las que fijan plazos para la práctica de determinadas

²⁵⁸ Proceso No 23284, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Bogotá D.C., mayo diez (10) de dos mil seis (2006).

²⁵⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. P. 26.

²⁶⁰ Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile a los fiscales regionales, Oficio 167 de abril 16 de 2002.

actuaciones), y reservar la expresión prueba ilícita para los casos en que hay infracción de garantías procesales²⁶¹. (Subrayas propias)

A pesar de las diferencias conceptuales que la doctrina y la jurisprudencia han puesto de presente en torno a la prueba ilícita, tal y como lo advierte Ramón Peláez Hernández: *“La terminología varía, como quiera que, al decir de la doctrina existen tres categorías: prueba ilícita prueba ilegal y prueba irregular, lo que permite inferir que no existe uniformidad en tales denominaciones”*²⁶², 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; esto es, la exclusión de la prueba a título de nulidad y por tanto ineficaz en el respectivo proceso jurisdiccional o administrativo. Con todo, esta distinción deviene en valiosa cuando se considera que si la prueba viciada de nulidad solo fuere aquella que infrinja normas constitucionales, la protección sería inferior, así: *“lo que, en el caso de un texto constitucional más bien parco en materia de garantías procesales, reduciría excesivamente el alcance de la prueba ilícita”*²⁶³.

Empero, las consecuencias de unas y otras pruebas no son iguales en todos los casos, de conformidad con algunas posiciones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, así el Tribunal Constitucional español ha establecido frente a las llamadas pruebas ilegales:

Cosa distinta ocurre cuando la infracción procesal no afecta a aquellos derechos, pues, como también ha recordado el Tribunal Constitucional, los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos de una finalidad legítima; por ello, propugna una interpretación finalista o teleológica de las formas previstas en las leyes procesales, corolario de la ponderación

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón. Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano en revista de derecho y ciencias sociales. Bogotá: Misión Jurídica enero-diciembre de 2008. p. 65.

²⁶³ RIVES SEVA, Antonio Pablo. La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis jurisprudencial. Fiscalía. Org. p. 42.

proporcional entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto. Conforme a la cual, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio²⁶⁴.

Y en la misma línea el Tribunal Supremo ha estimado:

cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza²⁶⁵.

Por tanto, en España, los tribunales de cierre consideran que en ciertos eventos la prueba violatoria de formalidades legales; es decir, aquella ilegal es eventualmente admisible en el proceso, siempre y cuando se estudien a la luz del principio de proporcionalidad todos y cada uno de los elementos que rodean el caso concreto.

En renglón aparte se debe explicitar que aún existiendo esta diferenciación, la misma es difusa en el tratamiento jurisdiccional que se le otorga, ya que éstas son usadas indistintamente; muestra de ello es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de octubre de 2006, radicado 23284 con ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz cuando relata: “*como excepciones que permiten admitir la validez de una prueba lícita derivada de una prueba ilegal o ilícita*”, también en la sentencia de la Corte Constitucional SU-159 de 2002 los dos conceptos se asimilan:

Enseguida de estas preguntas, de manera constante a lo largo de la diligencia de declaración, la Fiscal Delegada acude una y otra vez en diferentes momentos a la transcripción mecanográfica producida por la Fiscalía y que tuvo su origen en la grabación ilícitamente obtenida, para

²⁶⁴ Véanse sentencias STC 180 de 1987 y 263 de 1998.

²⁶⁵ STS de 29 de marzo de 1990.

recaudar esta prueba testimonial sin que sea de recibo alegar que su producción lícita dentro del proceso borraba, limpiaba o condonaba el origen ilegal del que proviene.

5. Excepciones generales a la exclusión de la prueba ilícita en Estados Unidos y España.

Aunque es evidente que lo que se pretende con la utilización de la regla de exclusión, es garantizar los derechos de los sindicados y la efectividad del debido proceso, el continuo uso de la misma generó²⁶⁶ unos costos sociales demasiado altos y una sensación generalizada de injusticia en el pueblo norteamericano, riñendo este carísimo fin (íntimamente relacionado con la libertad individual y con la justicia) con otros igualmente valiosos como los de la verdad material y la paz social (también conexos con la noción de justicia). Por ese motivo se empezaron a crear una serie de excepciones a la aplicación de la regla por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para, de ese modo, admitir pruebas que en principio son ilícitas:

²⁶⁶ Véase por ejemplo: United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984) y Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009); efectivamente, en principio la protección de los asociados a la luz de la IV enmienda primó por encima de cualquier consideración; en esa línea consideraba Oliver Wendell Holmes en su disenso en la sentencia Olmstead v United States 277 U.S. 438 (1928): “Therefore we must consider the two objects of desire, both of which we cannot have, and make up our minds which to choose. It is desirable that criminals should be detected, and to that end that all available evidence should be used. It also is desirable that the Government should not itself foster and pay for other crimes, when they are the means by which the evidence is to be obtained. If it pays its officers for having got evidence by crime I do not see why it may not as well pay them for getting it in the same way, and I can attach no importance to protestations of disapproval if it knowingly accepts and pays and announces that in the future it will pay for the fruits. We have to chose, and for my part I think it a less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part”.

Sin embargo, con el paso de los años y la continua aplicación de la norma, la opinión de la Corte varió, reflejando la hostilidad que la comunidad sentía hacia la regla; en efecto, el presidente de la (Chief Justice Burger) Corte consideraba en el caso Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976): The Court’s opinion today eloquently reflects something of the dismal **social costs** occasioned by the rule. Ante, at 3049-3050. As Mr. Justice WHITE correctly observes today in his dissent, the exclusionary rule constitutes a “senseless obstacle to arriving at the truth in many criminal trials.” Post, at 3072. He also suggests that the rule be substantially modified “so as to prevent its application in those many circumstances where the evidence at issue was seized by an officer acting in the good-faith belief that his conduct comported with existing *502 law and having reasonable grounds for this belief.”

a. La fuente independiente

La teoría de la fuente independiente se ha concebido como *“la existencia de un cauce investigativo diferente que permite obtener pruebas por una vía distinta de la empleada para colectar los elementos de prueba considerados ilegales”*²⁶⁷; esto es, *“una vía distinta de adquisición de la prueba, a aquella que se considera ilícita; la autonomía implica la existencia de otras vías de investigación que permiten llegar a la obtención de medios de prueba que acrediten la existencia del hecho delictivo”*²⁶⁸.

Tal y como ha sucedido en muchos aspectos relacionados con la prueba ilícita, la Corte Suprema de los Estados Unidos fue pionera y fundadora de la excepción; efectivamente, en el caso *US vs. Crews*²⁶⁹ (1980) el tribunal consideró que el *“reconocimiento judicial de un imputado no era fruto del árbol envenenado de su arresto ilegal, sino que al momento del arresto, la policía ya tenía suficiente información sobre las identidades tanto del testigo como del imputado y el reconocimiento llenó las formalidades legales”*²⁷⁰, en esa ocasión el juez Brennan expuso:

The in-court identification need not be suppressed as the fruit of respondent's concededly unlawful arrest, but is admissible because the police's knowledge of respondent's identity and the victim's independent recollections of him both antedated the unlawful arrest, and were thus untainted by the constitutional violation.

(a) The victim's presence in the courtroom at respondent's trial was not the product of any police misconduct. Her identity was known long before

²⁶⁷ <http://www.mailxmail.com/curso-prueba-ilicita-espurea-materia-penal/fuente-independiente-teoria>, consultada el 21 de febrero de 2011 a las 8:41 p.m.

²⁶⁸ EDWARDS, C. La prueba ilegal en el proceso penal. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000, p. 127. En <http://www.mailxmail.com/curso-prueba-ilicita-espurea-materia-penal/fuente-independiente-teoria>, consultada el 21 de febrero de 2011 a las 8:41 p.m.

²⁶⁹ 445 U.S. 463.

²⁷⁰ <http://www.mailxmail.com/curso-prueba-ilicita-espurea-materia-penal/fuente-independiente-teoria>, consultada el 21 de febrero de 2011 a las 8:41 p.m.

there was any official misconduct, and her presence in court was thus not traceable to any Fourth Amendment violation.

(b) Nor did the illegal arrest infect the victim's ability to give accurate identification testimony. At trial, she merely retrieved her mnemonic representation of the assailant formed at the time of the crime, compared it to the figure of respondent in the courtroom, and positively identified him as the robber.

(c) Insofar as respondent challenges his own presence at trial, he cannot claim immunity from prosecution simply because his appearance in court was precipitated by an unlawful arrest. Respondent is not himself a suppressible "fruit," and the illegality of his detention cannot deprive the Government of the opportunity to prove his guilt through the introduction of evidence wholly untainted by the police misconduct²⁷¹.

La excepción, sin embargo, no resulta de fácil aplicación, ya que aún queda por definir si para que ésta proceda, debe existir realmente la prueba o solo debe demostrarse la posibilidad potencial de su obtención, empero, no constituye materia de esta investigación discernir sobre este aspecto.

Teresa Armenta Deu, por su parte, considera que la fuente independiente es la categoría genérica que abarca otras que casuísticamente han sido planteadas, como el descubrimiento inevitable y el hallazgo casual.

b. El hallazgo casual

²⁷¹ <http://supreme.justia.com/us/445/463/> consultada el 21 de febrero de 2011 a las 9:11 p.m. Traducción propia:

La identificación en la Corte no tiene que ser suprimida como fruto del arresto ilegal del imputado, esta es admisible porque la policía tenía conocimiento de la identidad del imputado y contaba de manera independiente con los recuerdos que la víctima tenía de él, ambos previos a la detención ilegal, y en consecuencia, no tienen mácula por la violación constitucional.

- (a) La presencia de la víctima en la sala del tribunal durante el juicio no fue producto de alguna mala conducta policial. Su identidad se conocía mucho antes de que se presentara la mala conducta oficial, y su presencia en el tribunal no corresponde a una violación de la Cuarta Enmienda.
- (b) Tampoco la detención ilegal infecta la capacidad de la víctima para dar testimonio de la identificación exacta. En el juicio, se limitó a recuperar su representación mental del atacante formado en el momento del crimen, frente a la figura del acusado en la sala del tribunal, y positivamente lo identificó como el ladrón.
- (c) El acusado ha desafiado con su presencia en el juicio, no puede reclamar inmunidad judicial, simplemente porque su aparición en la corte fue precipitada por una detención ilegal. El acusado no puede ser suprimido como un "fruto" (del árbol), y la ilegalidad de su detención por la mala conducta policial no puede privar al Gobierno de la oportunidad de demostrar su culpabilidad a través de la introducción de pruebas totalmente limpias.

Esta excepción ha sido principalmente forjada por la jurisprudencia española, en virtud de ésta se admite una prueba que ha sido casualmente hallada “*aunque la prueba originaria sea ilícita, ejemplo típico y en este caso real es el descubrimiento de un delito de tráfico de drogas a través de una interceptación de teléfono autorizada para otro delito*”²⁷².

Al respecto, en uno de los más recientes fallos, el Tribunal Supremo de España consideró:

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundamentamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada²⁷³.

c. El descubrimiento inevitable (Inevitable Discovery Doctrine).

A partir del caso *Nix vs. Williams*²⁷⁴ (1984) se estableció que si la prueba ilícitamente recaudada hubiera podido ser adquirida de manera casi inevitable en razón a las investigaciones que en el momento estaba realizando la policía²⁷⁵, esta prueba no debería ser excluida. En el mencionado caso²⁷⁶, la condena de Williams por homicidio, se basó en las pruebas recaudadas del cadáver de una mujer, encontrado tras el imputado indicar el lugar en el que se encontraba, confesión que efectuó bajo la afirmación del detective (Crispus Nix) de no ser

²⁷² ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 102.

²⁷³ STS 7314 de 23 de diciembre de 2010.

²⁷⁴ 467 U.S. 431.

²⁷⁵ Hechos: Williams was arrested for the murder of a ten-year-old girl who's body he disposed of along a gravel road. State law enforcement officials engaged in a massive search for the child's body. During the search, after responding to an officer's appeal for assistance, Williams made statements to the police (without an attorney present) which helped lead the searchers to the child's body. The defendant's Miranda rights were only read to him after his arrest, tomados de http://www.oyez.org/cases/1980-1989/1983/1983_82_1651 consultado el 21 de febrero de 2011 a las 11:51 P.M.

²⁷⁶ Véase: <http://www.mailxmail.com/curso-prueba-ilicita-espurea-materia-penal/descubrimiento-inevitable-teoria>, consultada el 21 de febrero de 2011 a las 11:43 P.M.

interrogado por ningún abogado por aquella confesión. En principio, se podría declarar no culpable al sindicado por violación de la Cuarta Enmienda, al extraer el detective la información sin contar el acusado con un defensor; sin embargo, se demostró que al momento en que Williams daba sus declaraciones, una cuadrilla de la policía buscaba el cuerpo a sólo dos millas y media del lugar dónde se encontró y procederían a revisar esa zona en las próximas horas, de tal manera que el cuerpo sería localizado de todas maneras y en las mismas condiciones. Admitió la Corte Suprema por votación de 7 a 2, que incluso no se requería la probar la buena fe de los policías en sus actuaciones, ya que el policía nunca estará en posición de calcular si la evidencia buscada será inevitablemente descubierta.

Presenta esta teoría una debilidad similar a la puesta de presente respecto de la teoría de la fuente independiente, es decir, la indeterminación o falta de certeza del “descubrimiento inevitable”, ya que no está cimentada en hechos probados sino simplemente en supuestos.

d. Excepción de atenuación o irregularidad saneada (nexo causal atenuado o vínculo atenuado).

La excepción de atenuación ha sido también edificada a partir de los pronunciamientos de la Corte de cierre de los Estados Unidos y no goza de reglas más allá de su concepto para determinar la viabilidad de su aplicación; la excepción hace referencia a la dilución de la conexión o el nexo causal entre la prueba ilícita directa y la derivada, de modo tal que, la prueba se puede valorar. En el caso *Rawlings vs. Kentucky*²⁷⁷ (1980)²⁷⁸, se admitió la confesión realizada

²⁷⁷ 448 U.S. 98.

²⁷⁸ Hechos: Six police officers armed with a warrant for the arrest of one Lawrence Marquess on charges of drug distribution arrived at his home. In the house at the time the police arrived were one of his housemates, and four visitors. While searching unsuccessfully in the house for Marquess, several police officers smelled marijuana smoke and saw marijuana seeds on the mantel in one of the bedrooms. Two officers left to obtain a warrant to search the home while the other officers detained the occupants of the house in the living room. When the officers returned with a warrant,

por el imputado, luego de declararse la ilegalidad del arresto, ya que se habían seguido los parámetros Miranda previamente y el imputado se encontraba en su casa junto a varios amigos al momento de rendirla. La declaración fue espontánea, sin preguntas directas, con libertad plena y sin injerencia alguna en razón de la detención ilegal²⁷⁹, por lo que la Corte consideró que su declaración no obstante ser producto de un arresto ilegal, era válida por haberse atenuado la contaminación.

Es de anotar que en España a esta excepción se le ha denominado “irregularidad saneada”, existiendo varios ejemplos jurisprudenciales de su utilización; muestra de ello es el fallo del Tribunal Supremo, sala de lo penal de 28 de abril de 1995 con ponencia del magistrado Manuel García Miguel, caso en el que la policía ingresó a la vivienda de un expendedor de droga con el objeto de llevar a cabo una diligencia de registro; sin embargo, la orden para efectuarla se había expedido con la salvedad de realizarla en el día, y ésta fue realizada en la noche, además la orden no contaba con la firma del secretario judicial. A efectos de lo que corresponde en esta investigación se transcriben los argumentos del tribunal respecto de la ausencia de la firma, lo que en principio erigiría la prueba en ilícita:

they read the petitioner Miranda Warnings. Petitioner was found to be in possession of controlled substances. Initially, petitioner stayed in the house where the arrest took place as the guest of Marquess's housemate. While at a party at that house, he met Cox and spent at least two nights of the next week on a couch at her home. The trial court denied petitioner's motion to suppress the drugs and the money and to exclude the statements made by petitioner when the police discovered the drugs. According to the trial court, the warrant obtained by the police authorized them to search Cox's purse. Moreover, even if the search of the purse was illegal, the trial court believed that petitioner lacked "standing" to contest that search. He was found guilty of possession with intent.

²⁷⁹ 2. Under the totality of circumstances present (the giving of Miranda warnings, the short lapse of time between petitioner's detention and his admissions being outweighed by the "congenial atmosphere" in the house during this interval, his admissions being apparently spontaneous reactions to the discovery of the drugs in Cox's purse, the police conduct not appearing to rise to the level of conscious or flagrant misconduct requiring prophylactic exclusion of petitioner's admissions, and petitioner not having argued that his admissions were anything other than voluntary), Kentucky carried its burden of showing that petitioner's statements to the police admitting his ownership of the drugs were acts of free will unaffected by any illegality in his detention, assuming, arguendo, that the police violated the Fourth and Fourteenth Amendments by detaining petitioner and his companions in the house while they obtained a search warrant. Cf. *Brown v. Illinois*, 422 U. S. 590. Pp. 448 U. S. 106-110.

b) Por lo que respecta a la alegada inexistencia de firma del Secretario judicial en el acta, se observa la existencia de una rúbrica correspondiente a dicho funcionario según se comprueba del simple cotejo de la misma con la extendida en otras diligencias de las actuaciones, pero, además, es de tener en cuenta que lo esencial es que en la práctica de la diligencia haya intervenido el Secretario judicial por la garantía que supone el que bajo su fe conste la forma en la que el registro fue practicado y lo hallado como consecuencia del mismo, de manera que la irregularidad consistente en la falta de firmas puede suplirse o es subsanable por otros medios que acrediten la realidad de su presencia e intervención en la práctica de la diligencia que es lo relevante y no una mera omisión e irregularidad formal²⁸⁰.

A modo de conclusión, se puede asegurar que el nexo entre la entrada y el registro está tan debilitada “*por la presencia judicial que la menor ilicitud queda saneada*”²⁸¹; a esto se refiere la excepción a la regla de exclusión.

e. La buena fe.

Esta excepción es la única que realmente resta eficacia directa a la regla de exclusión, ya que las demás operan solo en los eventos de la prueba derivada; en ese sentido Miranda Estrampes comenta:

Como puede observarse, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión²⁸².

El fallo hito de la buena fe como excepción a la regla de exclusión la constituyó el caso *Michigan vs. De Filippo*²⁸³ (1979)²⁸⁴, caso en el que unos policías de Detroit

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, STS 2417/1995. Ponente: Manuel García Miguel.

²⁸¹ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 103.

²⁸² ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Barcelona: Revista Catalana de seguretat pública. Mayo 2010, p. 140.

²⁸³ 443 U.S. 31

²⁸⁴ Consolidado por otros fallos como el de *US vs León* 486 U.S. 897 (1984) The exclusionary rule requires that evidence illegally seized must be excluded from criminal trials. Leon was the target of

solicitaron a un sospechoso que se identificara y le realizaron ciertas preguntas, a las que respondió de manera inconsistente y con evasivas, razón que los llevó a detenerlo en virtud de una ordenanza que les permitía hacerlo siempre y cuando tuvieran causas razonables para creer que su comportamiento ameritaba una investigación más exhaustiva. Al detenerlo y registrarlo, hallaron drogas en su poder, hecho por el cual fue procesado. La Corte de apelaciones de Michigan declaró inconstitucional la ordenanza y por tanto el arresto; sin embargo, en sede del tribunal superior norteamericano se revocó la decisión y se declaró la legalidad de la detención, ya que no existía manera de que los policías supieran que la norma sería declarada inconstitucional y que actuaron bajo la presunción de validez de la ordenanza (buena fe).

La regla implícita en la excepción es más o menos como sigue: “*la eliminación del efecto excluyente obedece a la creencia fundada y razonable de estar obrando lícitamente*”²⁸⁵, apartándose de esa manera de la función de la regla, cual es la de persuadir a los policiales de evitar a futuro los hechos que hipotéticamente llevarían a excluir el elemento del caudal probatorio.

f. La conexión de antijuridicidad (España)

Es una compleja y elaborada teoría de creación jurisprudencial española, a través de la cual se permite la valoración de pruebas ilícitas derivadas e introducida en

police surveillance based on an anonymous informant's tip. The police applied to a judge for a search warrant of Leon's home based on the evidence from their surveillance. A judge issued the warrant and the police recovered large quantities of illegal drugs. Leon was indicted for violating federal drug laws. A judge concluded that the affidavit for the search warrant was insufficient; it did not establish the probable cause necessary to issue the warrant. Thus, the evidence obtained under the warrant could not be introduced at Leon's trial.

The justices held that evidence seized on the basis of a mistakenly issued search warrant could be introduced at trial. The exclusionary rule, argued the majority, is not a right but a remedy justified by its ability to deter illegal police conduct. In Leon, the costs of the exclusionary rule outweighed the benefits. The exclusionary rule is costly to society: Guilty defendants go unpunished and people lose respect for the law. The benefits of the exclusionary rule are uncertain: The rule cannot deter police in a case like Leon, where they act in good faith on a warrant issued by a judge.

²⁸⁵ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 103.

1988 mediante la sentencia 81²⁸⁶; en ella se estableció que, “*para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita, sino que se exige además la existencia de una <<conexión de antijuridicidad>>*”²⁸⁷; para poder establecer si esta conexión existe, se debe desarrollar un estudio del caso desde dos perspectivas, una interna y otra externa, la primera atañe a la relevancia (causal) entre la vulneración del derecho fundamental y sus efectos; en tanto que la última “*atiende al examen de las necesidades de tutela del propio derecho fundamental*”²⁸⁸, de tal suerte, que la no exclusión de las pruebas ilícitas no incentive la reiterada violación del derecho fundamental²⁸⁹. Si se considera que se vulneraron frontalmente las garantías fundamentales (ausencia de resolución judicial, resolución carente por completo de motivación, por ejemplo) la apreciación de la prueba ilícita derivada lleva a la conclusión de la imperiosa salvaguarda del derecho fundamental; esto es, excluir la prueba ilícita derivada; en tanto que si no existe esa vulneración sino simplemente una irregularidad (ausencia de datos objetivos en la orden que permite una intervención telefónica, más allá de solo sospechas), “*la necesidad de tutela del derecho fundamental se entenderá suficientemente satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba originada directamente por la intervención (...) sin necesidad de extender la exclusión a las pruebas derivadas*”²⁹⁰.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de abril de 1998 se resolvió admitir una prueba ilícita derivada (allanamiento a una vivienda en la que se encontró droga) de intervenciones telefónicas ilegales, ya que esta sustancia se hubiera descubierto de cualquier forma (inevitablemente) porque el sujeto propietario de la misma era vigilado por la policía y era sospechoso, así que, las

²⁸⁶ STC 81/1988

²⁸⁷ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 103.

²⁸⁸ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 103.

²⁸⁹ Véase ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 104.

²⁹⁰ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 104.

escuchas telefónicas ilegales tienen simplemente un “valor neutro”, rompiéndose por esta vía “*el nexo entre la prueba originaria y derivada*”²⁹¹. Queda entonces en evidencia, lo que extrañamente crea el Tribunal Constitucional español es una independencia entre la prueba ilícita directa y la derivada.

Teresa Armenta, parafraseando al Tribunal Constitucional, en una de sus conclusiones sostiene:

No basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante; debe existir además entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominada <<conexión de antijuridicidad>>²⁹².

Posición crítica frente a la teoría de la conexión de antijuridicidad

Como se puede inferir, las críticas a la teoría no han sido pocas, y, por el contrario, gozan de gran solidez y racionalidad en sus planteamientos:

- El razonamiento del Tribunal Constitucional se resume de esta manera: “*si los derechos fundamentales no son absolutos, ¿por qué la exclusión de las pruebas si lo es?*”²⁹³; con esta lógica, se desnaturaliza el carácter procesal de la garantía constitucional ya que contempla en esta relatividad solo los derechos fundamentales sustantivos (v. gr. La inviolabilidad del domicilio), no hallándose en esta categoría los de presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio por ejemplo; de tal suerte que, “*cuando se proclama el criterio de la hipotética independencia que puede existir entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba es obvio que solo se toma en cuenta el derecho fundamental sustantivo*”²⁹⁴. En desarrollo de

²⁹¹ ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 104.

²⁹² De la STS 1151/2002 en ARMENTA DEU, Teresa. Op Cit. p. 104.

²⁹³ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. Op. Cit. p. 42.

²⁹⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. Op Cit. p. 43.

este raciocinio, considera el Tribunal que *“la confesión es un acto desconectado de la entrada y registro que lesionó el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y que al tomarla en consideración no se vuelve a menoscabar este derecho”*²⁹⁵.

- La negación de la garantía procesal de la exclusión de pruebas ilícitas parte de un argumento falaz, según el cual la prueba ilícita derivada es independiente de la directa; en efecto, el Tribunal Constitucional considera que cuando se presenta el testimonio del policía que aprehendió ciertas sustancias prohibidas, de cuya existencia se conoció a partir de la violación de un derecho fundamental (el secreto de las comunicaciones), la última de las pruebas (cronológicamente hablando, es decir, el testimonio), no supone el menoscabo del derecho fundamental que ya fue vulnerado con la primera prueba (la intervención telefónica por ejemplo).

6. La prueba ilícita en Colombia

Con anterioridad a la consagración de la regla de exclusión de pruebas ilícitas en la Constitución Política de Colombia de 1991, no existía regulación positiva alguna sobre la materia, no obstante, se produjeron algunos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia, que aunque no hacían referencia explícita a la misma, sí reflejan la recriminación de que eran objeto las pruebas obtenidas por medios trasgresores de los derechos de los procesados; en esa línea:

En sentencia de 17 de septiembre de 1985, con ponencia del magistrado Firillo Porras se expuso:

las pruebas con las que se pretende demostrar el posible delito de concusión no resisten la más mínima crítica, porque la forma como fueron producidas y el interés de quienes las prepararon permiten declarar la

²⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. Op. Cit. p. 43.

ilegalidad de su creación y las interesadas finalidades de quienes las sustentaron, que, por ese solo hecho perdieron su capacidad probatoria.

Y en sentencia de 13 de noviembre de 1990 la Corte Suprema estimó:

La sala, conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de autoridad que no se ajusten a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedente, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria²⁹⁶.

Solo se ha podido hallar referencia a la prueba ilícita (en el contexto anunciado) en las sentencias mencionadas; no ameritando la presente investigación ahondar más sobre este aspecto.

6.1. Regulación constitucional.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia en su último inciso contiene la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, a las que el constituyente, de conformidad con el artículo mencionado, le dio el tratamiento de pruebas violatorias del debido proceso así: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. Al respecto la Corte Constitucional ha considerado: *“El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso”*²⁹⁷.

²⁹⁶ Sentencia No 13 de 1990, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia. M.P.: Gustavo Gómez Velásquez.

²⁹⁷ Sentencia SU-159 de 2002, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

A continuación se efectuará una pequeña referencia de las consideraciones del constituyente en la formación del aparte referido en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente.

6.2. Antecedentes constitucionales

Las comisiones primera²⁹⁸ y cuarta²⁹⁹ de la Asamblea Nacional Constituyente se encargaron de abordar el tema de la exclusión de las pruebas ilícitas; al interior de la primera se discurió a partir de la presentación del artículo 6, la inclusión de ciertas reglas de exclusión de pruebas (no declarar en contra de familiares dentro de determinado grado de consanguinidad, por ejemplo), sin embargo, no se contempló en aquella inicial redacción, la consagración de reglas excluyentes de pruebas por la ilicitud de su obtención:

Artículo 6- De las garantías procesales.

Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado sino con arreglo a la ley en que previamente se haya prohibido el hecho y determinado la pena correspondiente. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputado. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplica de preferencia. No habrá penas imprescriptibles ni cadena perpetua. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad³⁰⁰.

Sometido, tal y como aparece el texto, a consideración de los honorables constituyentes, en sesión de 19 de abril de 1991, quedó documentado mediante acta No 24, incluida en la gaceta constitucional No 126 el debate sobre la materia. El delegatorio Diego Uribe Vargas consideró que *“falta agregar que las*

²⁹⁸ El 12 de febrero de 1991 se instaron las comisiones constitucionales permanentes, correspondiéndole a la primera desarrollar, entre otros, los temas atinentes a los Principios, deberes, garantías y libertades fundamentales, véase Gaceta Constitucional No 4.

²⁹⁹ El 12 de febrero de 1991 se instaron las comisiones constitucionales permanentes, correspondiéndole a la cuarta desarrollar los siguientes temas: Administración de justicia y Ministerio Público, véase Gaceta Constitucional No 4.

³⁰⁰ Gaceta Constitucional No 51, página 82, redactada por la subcomisión segunda, encargada de la confección del Título III de la Constitución Nacional.

*confesiones obtenidas mediante tortura no pueden tener valor*³⁰¹, el artículo 6 fue finalmente aprobado tal y como fue presentado, consistiendo la única diferencia en invertir los incisos uno y dos.

De otro lado, en la subcomisión segunda de la comisión primera se redactó el artículo 7 en los siguientes términos:

Artículo 7- Del debido proceso.

Toda persona tiene derecho sin dilación alguna al debido y efectivo proceso y a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, y es inocente hasta prueba en contrario por sentencia ejecutoriada³⁰².

Según el acta que da cuenta de los hechos allí ocurridos, la delegataria Aída Yolanda Abella Esquivel propuso adicionar: “*es nula toda declaración obtenida mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes*”³⁰³, sobre la base de una proposición presentada por los delegatarios Misael Pastrana y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Se acoge temporalmente el siguiente artículo:

Toda persona acusada de un delito se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, y tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por ella o de oficio; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a aportar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a apelar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgada dos veces por la misma causa. Es nula toda declaración obtenida mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁰⁴.

Sin embargo, esta redacción no fue la que finalmente fue incluida en la promulgación de la Constitución Política de Colombia, ya que con posterioridad, el debate fue reabierto y se propuso por parte del delegatario Patiño Hormaza tener en cuenta el aporte del delegatario Darío Mejía Agudelo en el sentido de “*que*

³⁰¹ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 24, p. 92.

³⁰² Gaceta Constitucional No 51, página 82.

³⁰³ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 24, Op. Cit., p. 95.

³⁰⁴ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 24 Op. Cit., p. 96.

*consagrar que es nula toda declaración obtenida mediante tortura entraña un reconocimiento implícito de la tortura*³⁰⁵, este razonamiento fue apoyado por Augusto Ramírez Ocampo y Jaime Arias López³⁰⁶, *contrario sensu*, el constituyente Diego Uribe Vargas considera “*que suprimir la palabra tortura es debilitar el artículo pues se pretende es subrayar una condena a la tortura*”³⁰⁷, sin embargo, su apreciación no fue adherida ya que se le replicó³⁰⁸ que el refuerzo constitucional ya había sido otorgado en el artículo sobre el derecho a la vida³⁰⁹. El acercamiento inicial a la disposición, tal y como se encuentra hoy día vigente en el artículo 29 constitucional fue realizada por el constituyente Darío Mejía con el objeto de zanjar la diferencia existente respecto de la tortura, en aquella ocasión razonó en estos términos:

Lo que pasa es que en el debido proceso también yo hacía una anotación y es frente a lo que es la tortura, que queda prohibida en el artículo de la vida: nadie puede ser sometido a desaparición forzada, torturas ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Resulta que luego, en el artículo del debido proceso, en la última parte dice: es nula toda declaración obtenida mediante torturas, desde hecho, (sic) arriba la desconocemos y aquí estamos reconociendo que es posible que se dé este tipo de situaciones para recoger información en un proceso, entonces lo que yo propondría es que se tire una norma, o un criterio mucho más general, podría ser: es nula toda declaración o prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución³¹⁰.

Frente a esa reflexión, Augusto Ramírez, uno de los autores de la primera versión explicó que “*el propósito de la norma era el de recoger la garantía contemplada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos debido a la gravedad que*

³⁰⁵ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 26 de 23 de abril de 1991, p. 117.

³⁰⁶ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 26 Ibíd., p. 117.

³⁰⁷ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 26 Op. Cit., p. 117.

³⁰⁸ Por parte de la constituyente María Mercedes Carranza

³⁰⁹ Consideración que finalmente fue recogida en artículo 12 de la Constitución Nacional: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

³¹⁰ Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 160, En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

ese problema representa para el país³¹¹ y que en ese sentido, resultaba de recibo la modificación sugerida³¹² ya que se podría interpretar la norma en un sentido más amplio, incluyendo no solo los eventos de tortura, sino toda aquella violación de derechos fundamentales, de un lado, y por otro, se ampliaba el catálogo de medios de prueba, no limitándose la nulidad a la prueba testimonial únicamente, que era exactamente lo que acontecía con la redacción original. En otro sentido, se pretendió limitar la interpretación de la norma, porque con base en la concepción inicial podía surgir eventualmente una interpretación según la cual se podría practicar la tortura “con la única sanción de la validez de la declaración o confesión”³¹³.

En la misma línea, se pretendió ir más allá de la mera sanción de invalidez de la prueba, cuando se propuso “la pérdida del fuero para la autoridad que incurra en casos de tortura”³¹⁴, dado que “la separación del cargo haría más contundente la condena ante la gravedad de las torturas practicadas en el país”³¹⁵; en efecto, el delegatario Otty Patiño, respecto del elemento disuasivo de la disposición consideró:

³¹¹ Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹² En aquella ocasión consideró: Señor Presidente, creo que originalmente la propuesta de incluir en la carta una declaración específica, con respecto a este tema, fue presentado por nosotros, en el capítulo precisamente en el que recogiendo la propia expresión de la Declaración de los Derechos Humanos contra las torturas, nosotros solicitamos que allí fuese incluido. Del debate que surgió en ese entonces, se convino en llevarlo a la parte del Debido Proceso. Personalmente a mí me gustaba mucho la fórmula de hacer una específica mención al tema de las torturas, porque juzgo, como aquí se ha dicho tantas veces, que este es uno de los peores males ocurridos en Colombia, y uno de los que más asombra en el mundo (...) por lo tanto Señor Presidente, dada la duda planteada por el Delegatario Darío Mejía, francamente yo estaría en disposición de que se hiciera el cambio sugerido (...) incluso porque tiene la virtud de que amplíe el punto, en el sentido de que no puede aceptarse ninguna prueba que no sea obtenida violando los Derechos Humanos. En Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 182, en: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹³ Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁴ Gaceta Constitucional No 126, Acta No 26 Op. Cit., p. 117.

³¹⁵ Opinión de Aída Yolanda Abella Esquivel en Gaceta Constitucional No 126 Acta No 26 Op. Cit., p. 117.

pretender dar como elemento disuasivo para la tortura el hecho de que no sirvan 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 tecnicada, 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 encubierta³¹⁶.

Respecto del artículo sobre el debido proceso, éste fue presentado por el constituyente Darío Uribe Vargas a la comisión primera de la Asamblea en los siguientes términos:

Del debido Proceso. Tanto la doctrina nacional como la internacional de los autores, como las normas contenidas en tratados públicos y leyes extranjeras, le otorgan lugar preeminente dentro de las garantías individuales a los requisitos procesales mínimos de que deben rodearse a las personas que se encuentren acusadas, y que deban responder ante las autoridades. (...) el que toda prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías previstos en la Constitución, es nula. Durante las deliberaciones de la Comisión se hizo particular hincapié respecto de aquellos testimonios obtenidos por la tortura o tratos degradantes, que necesariamente deben invalidarlos (...) ³¹⁷.

El término “de pleno derecho” fue incluido en primer debate de la plenaria³¹⁸, interpretando la expresión que la antecedía, es decir, “nula”, como ineficacia³¹⁹. El último aparte del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, tal cual se

³¹⁶ Debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991, Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folios 184 y 185, respectivamente. En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁷ Gaceta Constitucional N° 82, páginas 11 y 12. En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁸ Gaceta Constitucional No. 137, 12 de noviembre de 1991, página 14. En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁹ En el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991 se dio la siguiente conversación al momento de votar: “¿Suficiente ilustración? || Pediría que en lugar de nula, se pusiese que no produce efecto, creo que es más amplio. ¿Es peor? || El término jurídico es nulo. Si hay suficiente ilustración procedemos a votar. ¿Los delegatarios están de acuerdo a unificarlo? Queda aprobada la modificación.” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 190). En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

encuentra vigente hoy día, fue aprobado el 15 de junio de 1991³²⁰ en primer debate de la plenaria de la Asamblea, la sustentación de las modificaciones efectuadas fue expuesta del siguiente modo:

Señor Presidente, este artículo es tal vez el más importante de ahí, no es nada original, está en la Constitución actual, está en todas las constituciones de los países civilizados, está en la jurisprudencia, está en la doctrina con el nombre de “el debido proceso”, eso ya prácticamente lo sabemos de memoria (...) el doctor Zalamea y yo trabajamos sobre unos artículos, con una novedad al final del “debido proceso” que se refiere a las pruebas que son nulas de pleno derecho, toda prueba obtenida con la violación del debido proceso, de resto es muy similar al artículo correspondiente de la Constitución Nacional, simplemente quitándole o arreglando algunas partes que se consideraban de más o que no estaban con la doctrina actual (...) ³²¹.

Conforme a lo referido, es dable concluir que la razón principal para incluir la regla de exclusión en el clausulado constitucional fue el aspecto disuasorio³²² que se podía crear a partir de ella con el 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.

La adopción del texto final correspondió a la necesidad de limitar una posible interpretación de la norma, según la cual, se podría torturar, con la única sanción de la ineficacia de la norma; por dicho motivo, se confeccionó una redacción en virtud de la cual la nulidad se produce frente a cualquier trasgresión de derechos

³²⁰ 44 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención en Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 217. Gaceta Constitucional No.137, 12 de noviembre de 1991, página 14..

³²¹ Diego Uribe Vargas añade: “Señor Presidente, este artículo pertenece a la carta de derechos, libertades, garantías, deberes del hombre, y su texto es prácticamente igual. El doctor Gómez cuando sustentó su exposición sobre esta materia acogió el texto de la Comisión Primera, entonces yo solicitaría que lo aprobáramos” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 215). En: Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³²² Deterrent effect.

fundamentales, de un lado, y por otro, se amplió el catálogo de pruebas de las cuales se puede predicar su nulidad por violación de derechos fundamentales³²³.

Por último, se puede aseverar que:

La consagración de un *debido proceso constitucional* impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales³²⁴.

6.3. El debido proceso.

Se trata de una institución jurídica generalmente reconocida “*por los Estados en sus Cartas políticas*”³²⁵ y que en Colombia se halla integrada a la Constitución Nacional³²⁶ con carácter de derecho fundamental complejo, toda vez que se encuentra compuesto por múltiples garantías y principios tales como los de la legalidad del juez³²⁷ y la legalidad de la audiencia³²⁸; garantías que deben ser salvaguardadas en cualquier tipo de proceso judicial o administrativo, blindando contra la arbitrariedad de las autoridades, los derechos de las personas, tanto

³²³ Sin la necesidad de estar circunscrita la nulidad solamente al testimonio.

³²⁴ Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³²⁵ AGUDELO, Martín. El proceso jurisdiccional. Bogotá: Librería jurídica Comlibros. Segunda edición. 2007. p. 8.

³²⁶ Inciso primero del artículo 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

³²⁷ Que de conformidad con el planteamiento de Martín Agudelo incluye los principios de exclusividad de la jurisdicción, el juez natural, el principio de autoridad del juez (juez director del proceso), imparcialidad del juzgador e independencia judicial. Véase AGUDELO, Martín. Op. Cit. p. 17 a 29.

³²⁸ Que según el mismo autor, contiene principios como el de contradicción (o derecho de defensa o bilateralidad de la audiencia), el principio del formalismo, el derecho a pretensión procesal típica entre otros.

naturales como jurídicas. La Corte Constitucional mediante sentencia T-266 de 2005 expuso los derechos mínimos que el derecho al debido proceso contiene:

i) El derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comuniquen aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se lleguen en su contra³²⁹.

El debido proceso es el resultado directo de la constitucionalización del derecho³³⁰, que en este tema específico, permeó los límites del derecho procesal, transformando aspectos hasta ese momento³³¹ vistos como simples procedimientos, en auténticos derechos fundamentales; expresión esencial del Estado social de derecho tras la búsqueda de *“un orden social justo que proteja los derechos fundamentales, en especial la dignidad humana”*³³².

El artículo 29 de la Constitución Nacional consagra por lo menos los siguientes principios que hacen parte del debido proceso³³³:

1. Principio de legalidad: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.
2. Principio del juez natural: “Nadie podrá ser juzgado sino (...) ante juez o tribunal competente”.

³²⁹ Sentencia T-266 de 2005 de la Corte Constitucional M.P: Jaime Araujo Rentería.

³³⁰ Según se puede inferir del planteamiento de Martín Agudelo cuando refiere la existencia de “dos disciplinas jurídicas muy próximas entre sí: el derecho constitucional procesal y el derecho el derecho procesal constitucional” en AGUDELO, Martín. Op. Cit. P. 7.

³³¹ Promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991.

³³² CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA. Prueba judicial, análisis y valoración. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Primera edición. 2008. p. 206.

³³³ Clasificación realizada con base en la sentencia T-351 de 30 de Agosto de 1993 y en el texto Prueba judicial, análisis y valoración. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” Ibíd, P. 207 a 224.

3. Principio de formalidad: “Nadie podrá ser juzgado sino (...) con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.
4. Principio de favorabilidad: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.
5. Presunción de inocencia: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.
6. Derecho de defensa: “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”.
7. Derecho a un proceso público: “Quien sea sindicado tiene derecho (...)a un debido proceso público”.
8. Principio de celeridad: “Quien sea sindicado tiene derecho (...)a un debido proceso (...) sin dilaciones injustificadas”.
9. Derecho a presentar y controvertir pruebas: “Quien sea sindicado tiene derecho (...)a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.
10. Derecho a la impugnación y principio de la doble instancia: “Quien sea sindicado tiene derecho (...) a impugnar la sentencia condenatoria”.
11. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem): “Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.
12. Principio de nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

6.4. Regulación legal de la prueba ilícita.

A través del Acto Legislativo 03 de 2002³³⁴ se dio vía libre a la implementación del sistema penal acusatorio³³⁵, esta modificación del articulado constitucional tuvo implicaciones estructurales directas en la investigación y juicio de los delitos en Colombia³³⁶, a la vez que convertía en incompatible el ordenamiento procesal penal del momento³³⁷ con el nuevo sistema. Habida cuenta de esta situación, el Congreso de la República se vio en la imperiosa necesidad de regular el procedimiento penal acorde con el nuevo esquema que se pretendía implementar en el país, un sistema de tipo oral, en el que las investigaciones fuesen llevadas a cabo de conformidad con la política criminal del Estado³³⁸; de tal suerte que, se confeccionaron e importaron ciertos conceptos hasta la fecha desconocidos en el ordenamiento jurídico penal colombiano, y que respondían, por lo general, al corte adversarial del sistema penal; nociones inherentes al modelo norteamericano (adversarial system), tales como la mencionada política criminal estatal, el principio de oportunidad³³⁹, la mediación³⁴⁰, los preacuerdos³⁴¹ y la regla de

³³⁴ De 19 de Diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial No 45.040 y mediante el cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, intentando implementar un nuevo sistema en razón de *“las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria”* En: Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, Cámara de Representantes y publicado en la Gaceta 134 de 2002.

³³⁵ Tal y como se explicó en la exposición de motivos presentada por el aquél entonces fiscal General de Nación, Luis Camilo Osorio Isaza a la Cámara de Representantes:

“Con la expedición del Acto Legislativo No 03 del 20 de diciembre de 2002, el constituyente borró las ataduras normativas que impedían el diseño, construcción e implementación del sistema acusatorio en materia penal...”

³³⁶ Estableciendo, entre otras, excepciones a la operatividad del principio de obligatoriedad del Estado, como expresión del Principio de legalidad, en virtud de la consagración del Principio de Oportunidad previsto en el artículo 250 de la Constitución Nacional y circunscribiendo las funciones de la Fiscalía General de la Nación a las meramente investigativas y acusatorias, sustrayéndola de otras como las de ordenar capturas, casos en los que, bajo el nuevo ordenamiento debe contar con el control previo de legalidad llevado a cabo por parte del juez de garantías (Artículo 250 Num. 1).

³³⁷ Ley 600 de 2000 publicada en el Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio de 2000.

³³⁸ Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia: (...)No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

³³⁹ Artículo 323 y siguientes de la ley 906 de 2004, modificados por la ley 1312 de 2009.

³⁴⁰ Artículo 523 de la ley 906 de 2004.

exclusión de la prueba ilícita, que aunque en principio se puede aseverar que no significaba en ese momento una novedad, ya que como se ha observado, la regla se encuentra en el ordenamiento positivo desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, lo que sí es significativo es la inclusión de excepciones a la regla de exclusión, todas ellas de creación jurisprudencial norteamericana.

Los conceptos apuntados y la nueva regulación procesal penal se encuentra establecida en la Ley 906 de 2004³⁴²; esta ley contiene cuatro disposiciones que de manera expresa consagran la institución jurídica de la prueba ilícita. La primera, hace alusión a la regla de exclusión, tanto en los eventos de prueba directa como los de prueba derivada (Teoría de los frutos del árbol envenenado³⁴³) así:

ARTÍCULO 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.

El primer párrafo de la norma es una reproducción casi textual del último inciso del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, a la cual se agrega que la prueba así obtenida es sancionada con la exclusión del proceso; el segundo inciso de la regla transcrita, por su parte, es la estipulación positiva de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Sobre el contenido conceptual de la disposición ya se ha discurrido en páginas anteriores, motivo por el cual no se considera necesario ahondar más sobre la materia en este aparte.

³⁴¹ Artículo 358 y siguientes de la ley 906 de 2004.

³⁴² Publicada en el Diario Oficial 45.657 de 31 de agosto de 2004.

³⁴³ Véase lo escrito supra en: "clases de prueba ilícita".

La segunda norma, en tanto, prevé las excepciones a la regla de exclusión del siguiente modo:

ARTÍCULO 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.

La ausencia de dificultades interpretativas observadas en relación con el artículo 23 de la ley 906 de 2004 no se pueden predicar del artículo 455 del mismo compendio; en efecto, la regla, prima facie, no es clara en su redacción, toda vez que se encuentra ubicada en el Título VI de Libro III (El juicio) del Código de Procedimiento Penal, título que trata de la “ineficacia de los actos procesales”; sin embargo, una lectura cuidadosa de la norma expone la verdadera naturaleza de la disposición; esto es, no la consagración de la nulidad de la prueba, que ya fue establecida en el artículo 23 de la misma ley, en consonancia con la cual, la prueba es “nula de pleno derecho” y deberá “excluirse de la actuación procesal”; sino por el contrario, el establecimiento de unos parámetros, según los cuales se puede obviar la exclusión como regla general. Se advierte, como corolario de lo anterior, la falta de técnica legislativa en la conformación de la norma disertada.

En otro sentido se puede aseverar que la norma no goza de plena aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, muestra de ello es el salvamento de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra en la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional y que en atención a la racionalidad de sus argumentos se transcribe en gran medida:

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

Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro a mi juicio que resulta inexecutable. 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.

La Carta establece que las pruebas ilícitas son nulas de pleno derecho. No hace las distinciones que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 incluyó en su texto, sino que es perentoria, clara, contundente al sancionar con la nulidad cualquier prueba ilícita.

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, 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.

Igual sucede con la denominada “fuente independiente”, mediante la cual se quiere ocultar lo inocultable. Es decir, separar la prueba ilícita de otra obtenida mediante ella pero atribuyéndole que tiene una “fuente” distinta. Aquí se contraría hasta distorsionarla por completo la noción de “fuente” de la prueba, para señalar simplemente que se hace separable lo que resulta inescindible. En el proceso se prueban los hechos y estos no pueden demostrarse sino con los medios de prueba que no resulten contrarios ni violatorios de los derechos fundamentales, esto es, dejando intacta siempre la dignidad de la persona humana, sin coacción, sin tortura, sin tratos crueles o degradantes, sin coacciones indebidas, con absoluta libertad. 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, para darle licitud como por ensalmo a proceder ilícitos, de tal manera que así quedarían cubiertos por el manto jurídico torturas, tratos crueles físicos o síquicos, la degradación y el ultraje a la dignidad de la persona humana.

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, 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. (Las subrayas son propias)

De otra parte, el artículo 455 de la ley 906 de 2004 contiene tres excepciones a la regla de exclusión, todas ellas con los mismos presupuestos de las elaboradas por la jurisprudencia norteamericana, excepciones ya abordadas en el acápite cinco del presente capítulo y que por dicho motivo no serán comentadas ni ampliadas en el presente proyecto.

Es importante, en la misma línea, observar que el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal no establece una lista exhaustiva y restrictiva de excepciones a la regla de exclusión, sino que, contrario sensu, contempla una fórmula modulada al determinar “y los demás que establezca la ley”, composición que permite al legislador un amplio campo de configuración para incluir nuevas causales de excepción; en ese sentido, es atinado aseverar que la misma ley 906 de 2004 es contentiva de un catálogo de salvedades a lo normado por el artículo 23 de ésta, excepciones válidas, tal y como se ha dicho, en razón a la cláusula modulada del final del artículo 455 CPP; ciertamente, el listado al que se hace mención es el contenido en el artículo 230 CPP:

Artículo 230. Excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe

dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.

4. *Inexequible*

Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.

Con una lectura de la norma trascrita se puede concluir que las excepciones a la regla de exclusión no son simplemente las consideradas en el artículo 455 CPP, sino que los presupuestos fácticos contemplados en el artículo 230 CPP se erigen (por lo menos alguno de ellos), como verdaderas excepciones a la misma; considera quien suscribe que el numeral primero de la mencionada regla puede ser perfectamente un caso hipotético o una expresión de la excepción denominada doctrinalmente vínculo atenuado (excepción de atenuación, irregularidad saneada o nexos causal atenuado) y prevista en el artículo 455 CPP, ya que como en anteriores páginas se describió, esta categoría no cumple con unos parámetros o rasgos característicos definidos, su función, por tanto, es la de agrupar ciertos casos como el relacionado en la norma y comentado en el aparte destinado a la descripción de la excepción con el proceso *Rawlings vs. Kentucky*³⁴⁴. Los numerales dos y tres, por su parte, no pueden ser encuadrados, adecuados o subsumidos en alguna de las excepciones estudiadas, razón por la cual se puede asegurar que a la luz de lo hasta aquí investigado, son excepciones originarias.

La tercera norma por su parte; esto es, el artículo 360 de la ley 906 de 2004 establece: “*Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código*”. Esta disposición solo consagra la decisión o la forma de proceder que el juez debe adoptar cuando se encuentra frente pruebas ilícitas, siendo una simple reiteración, tanto de la regla

³⁴⁴ Véase el numeral 5.3. del capítulo tercero de esta investigación.

constitucional, como del artículo 23 de la misma ley; no obstante, la última parte de la misma contempla la subcategoría de prueba ilegal creada jurisprudencialmente, que más adelante será referida y que no se produce al violar una garantía constitucional de manera directa en virtud de lo anotado en el artículo 29 constitucional sino un procedimiento como elemento necesario para predicar la efectividad de un derecho fundamental procesal; la cuarta y última norma es un desarrollo casuístico de este tipo de prueba, toda vez que estipula el artículo 232 de la ley 906 de 2004:

Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. 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]. Lo que está entre corchetes fue declarado inexecutable por las sentencias C-591 de 2005 y C-210 de 2007.

Lo transcrito es, en efecto, una reiteración en forma de previsión casuística específica de una norma más general, de tal suerte que el legislador en este caso, consideró necesario realizar un desarrollo de lo previsto en artículo 360 de la misma ley, desarrollo que naturalmente no es exhaustiva ni restrictiva; motivo por el cual es dable asegurar que la misma resulta innecesaria por ser redundante. Sobre la misma regla es importante destacar que la primera parte declarada inexecutable (que disponía los términos: “directa y exclusivamente”) por la sentencia C-591 de 2005, genera el efecto práctico de invalidar cualquier tipo de prueba de ella derivada, dejando en evidencia la vigencia de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

6.5. Efecto procesal de la prueba ilícita

Se ha discutido en ámbitos tanto académicos como jurisdiccionales el efecto que debe tener la prueba ilícita en el proceso; esto es, si al ser evidenciada se debe solo excluir o se debe decretar la nulidad de lo actuado, de tal suerte que la jurisprudencia ha fijado los términos en los que una y otra solución son procedentes; en ese sentido, por regla general, se ha considerado que la prueba ilícita debe ser simplemente excluida, en tanto que se debe proceder a decretar la nulidad de lo actuado en el evento de que “*dicha prueba haya sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial*”³⁴⁵; en efecto, la Corte Constitucional así lo estableció en sentencia C-591 de 2005:

(...) en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En razón a estas consideraciones que constituyen la ratio decidiendi del fallo, la Corte determinó la exequibilidad condicionada de la norma demandada en los siguientes términos:

14. Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “*salvo lo relacionado con la negativa o admisión de la prueba*” del inciso segundo del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que 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.

³⁴⁵ Sentencia C-591 de 2005, Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

En la misma línea se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002:

Es preciso responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.

(.....)

El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. A la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida³⁴⁶.

³⁴⁶ Sentencia SU-159 de 2002, Corte Constitucional. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Del mismo modo, la Corte de cierre de la jurisdicción constitucional en Colombia consideró en la sentencia C-372 de 1997:

La nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal³⁴⁷.

Por su parte, en salvamento de voto de la sentencia C-491 de 1995, el magistrado José Gregorio Hernández Galindo no considera el aspecto de la prueba ilícita por comisión de delitos de lesa humanidad como fundamento de la nulidad del proceso:

Entonces, viniendo al caso que nos ocupa, el artículo 29 de la Constitución modificó el texto de las normas legales que enunciaron causales de nulidad en los distintos procesos, añadiendo a ellas la de haberse obtenido una prueba con violación de la garantía plasmada en el artículo 29 de la Constitución. En tales eventos, el proceso es nulo, al menos en parte, o podría serlo todo, si la prueba afectada por la nulidad resultaba decisiva dentro del trámite correspondiente³⁴⁸.

Por último, es valioso anotar que la Corte Suprema de Justicia establece sin matices la exclusión de pruebas ilícitas:

(...) no obstante el respetable criterio de la Delegada, en opinión de la Sala tal censura ha debido postularse al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad, dado que de llegar a demostrarse su configuración en el proceso, la solución para esos casos no consiste en la anulación de lo actuado como se pregona, sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar, oportunidad en la que se establece el cumplimiento de las formalidades previstas para la aducción del medio en relación con el que se predica el yerro, respecto de lo cual suficiente y difundida ha sido la jurisprudencia de esta Corte³⁴⁹.

³⁴⁷ Sentencia C-372 de 1997, Corte Constitucional. M.P.: Jorge Arango Mejía.

³⁴⁸ Sentencia C-491 de 1995, Corte Constitucional. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³⁴⁹ Proceso n° 12231, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta N°103 Bogotá, D. C. junio dieciséis (16) de dos mil (2000).

En la misma tónica esbozó:

El censor confunde el principio constitucional que establece que la prueba ilícita es nula de pleno derecho, con las irregularidades que dan lugar a la nulidad del proceso. El hecho de que una prueba sea nula no invalida necesariamente la actuación, simplemente ella no puede ser tenida en cuenta en la decisión. Para que sea viable decretar la nulidad del proceso es necesario demostrar la existencia de un error que afecte su estructura formal o las garantías de los sujetos procesales³⁵⁰.

Y también consideró:

A su turno, la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo de lo que de él se derive; dejando a salvo solo aquello cubierto por las excepciones, legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004³⁵¹.

Se puede ultimar por tanto, que por regla general el efecto procesal de la prueba ilícita es la simple exclusión de la misma, no pudiéndose valorar ni cotejar con las demás pruebas legalmente aducidas ni mucho menos tener en cuenta como fundamento de la sentencia; no obstante, como excepción el proceso deber ser anulado al concurrir los siguientes supuestos:

- Cuando la prueba ilícita se configuró mediante la comisión de un delito de lesa humanidad.
- La comisión del ilícito es imputable a agentes del Estado.

³⁵⁰ Proceso nº 14684, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Ricardo Calvete Rangel, Aprobado Acta N°060 Bogotá, D. C. abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

³⁵¹ Proceso nº 31900, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°266 Bogotá, D. C. agosto veinticuatro (24) de dos mil nueve (2009).

La consecuencia funcional de esta declaratoria es la de remitir el proceso a un juez diferente del que ya conoció de las pruebas, naturalmente rehaciendo todo lo actuado y sin la posibilidad de introducir las pruebas previamente vetadas.

6.6. Diferencias jurisprudenciales en Colombia entre la prueba inconstitucional y la prueba ilícita.

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de Colombia han definido que existen diferencias entre la prueba inconstitucional y la prueba ilícita; estas diferencias pueden ser claramente evidenciadas al referir solo algunas sentencias del primero de los tribunales citados:

También distingue esa providencia entre prueba ilegal y prueba inconstitucional:

En segundo lugar, de la existencia de irregularidades probatorias de contenido meramente procesal, es decir, que sólo afectan el aspecto formal del procedimiento, la Corte ha entendido que la irregularidad de la prueba puede derivarse tanto de su incompatibilidad con las formas propias de cada juicio como de su oposición a la vigencia de los derechos fundamentales. De allí que pueda establecerse una distinción entre la prueba ilegal, es decir, aquella que afecta el debido proceso en su concepción procesal formal y la prueba inconstitucional, esto es, aquella que afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial³⁵².

De manera más amplia, en la que seguramente ha sido hasta la fecha la sentencia en la que de forma más precisa y completa aborda el tema de la prueba ilícita a nivel conceptual, la Corte Constitucional considera:

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.

³⁵² Sentencia T-233 de 2007, Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita³⁵³.

Sin embargo, y no pretendiendo con ello desmeritar lo expuesto por la Corte en la recién citada sentencia de unificación jurisprudencial, lo esbozado en sentencia T-916 de 2008 resulta más preciso al puntualizar las diferencias entre unas y otras:

Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales³⁵⁴.

6.7. Ausencia de la excepción de buena fe en el artículo 455 de la ley 906 de 2004.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación al Congreso de la República, en desarrollo del Acto Legislativo No 003 de 2002, contemplaba como excepción a la cláusula de exclusión, además de

³⁵³ Sentencia SU-159 de 2002, Corte Constitucional. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵⁴ Sentencia T-916 de 2008, Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

las tres causales actualmente establecidas en la norma, la de la buena fe³⁵⁵, entre otras³⁵⁶; excepción que quedó excluida de la redacción final de la norma y desde el debate llevado a cabo en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes³⁵⁷. Efectivamente, tal y como lo señala la Corte Constitucional, el proyecto de Código de Procedimiento Penal, por lo menos en lo que atañe a la prueba ilícita y a las excepciones a la obligatoriedad de exclusión de las mismas dista mucho de la normatividad promulgada:

El proyecto de ley presentado por la Fiscalía General de la Nación establecía una amplia regulación del tema de la regla de exclusión. En él se disponía que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales sería nula de pleno derecho, por lo que debería excluirse de la actuación procesal, agregando que igual tratamiento recibirían las pruebas que fueran consecuencia directa de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De igual manera, se reglamentaba la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, disponiendo que los elementos materiales probatorios que dependieran *directa y exclusivamente* del registro ilegal carecerían de valor; se excluían de la anterior regla los “registros de buena fe”; e igualmente, se disponía que la nulidad de pleno derecho debía considerar los criterios introducidos por la doctrina y la jurisprudencia, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el balance de intereses, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación.

(...)

la Plenaria del Senado aprobó un texto según el cual (i) toda prueba que sea obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que aquellas que sean consecuencia de aquellas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia; (ii) por prueba ilegal se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal; y (iii) para efectos de determinar la nulidad de la prueba derivada de la prueba ilícita será necesario tomar en cuenta los criterios del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley³⁵⁸.

³⁵⁵ Gaceta del Congreso núm. 339 del 23 de julio de 2003, p. 11.

³⁵⁶ El balance de intereses, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación.

³⁵⁷ Gaceta del Congreso núm. 89 de marzo de 2004, p. 3.

³⁵⁸ Sentencia C-591 de 2005, Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

La excepción de la buena fe es quizá la más aceptada por la jurisprudencia comparada tal y como se revisó en el aparte dedicado a ello; es por esto que sorprende que en la redacción final de la disposición no haya sido incluida, al respecto señala Jaime Granados Peña³⁵⁹:

En mi opinión la clave de la bóveda de la materia está dada por el equilibrio del sistema, es decir, por la presencia de lo que la doctrina científica ha denominado 'pesos y contrapesos' De una parte de la balanza está la cláusula de exclusión y, del otro lado, las excepciones; esto permite el deseable efecto de disuadir el uso de métodos ilícitos en la búsqueda de medios o elementos de convicción, a la vez que deja a salvo concretas situaciones en donde la acción de la policía y de la fiscalía no genera una lesión insalvable del estado de derecho. Lo anterior significa, que si uno de los extremos desaparece o se desdibuja, se pierde el equilibrio del sistema acusatorio y el resultado final será lamentable, ya sea por generar arbitrariedad o impunidad.

Esto es precisamente lo que temo puede presentarse con lo aprobado por la Comisión Primera de H. Cámara de Representantes, pues acogiendo el parecer de los ponentes se eliminó la excepción más importante en la práctica que es la de la buena fe³⁶⁰. En consecuencia, considero que debería insistirse en la inclusión de esta importantísima previsión normativa³⁶¹.

No obstante la ausencia de la causal exceptiva en la regla, es eventualmente posible aplicar la buena fe como elemento convalidador de la prueba obtenida con violación del debido proceso; en esa línea se han presentado un par de posiciones de magistrados que abogan por este proceder, con base en argumentos que cuando menos pueden ser tildados de racionales; en primera instancia, Nilson Pinilla expresa:

Como propuse en Sala, para seguir esculpiendo de manera expedita, ahora desde este ámbito, que la actuación penal se ha de desarrollar en plena integración entre el cabal respeto a los derechos fundamentales y la obligación de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, haciendo

³⁵⁹ Impulsor del sistema penal acusatorio en Colombia.

³⁶⁰ Cita de cita, "Ver Chiesa Aponte, Ernesto, ob cit, vol. I – p. 198-202".

³⁶¹ GRANADOS Peña, Jaime. Resumen de los comentarios al proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en el primer debate por la Comisión Primera de la Cámara de Representante. Bogotá. Enero 16 de 2004.

prevalecer debidamente el derecho sustancial (arts. 228 Const. y 10° L. 906 de 2004), la Corte Constitucional ha debido predicar desde ahora la vigencia constitucional del principio de buena fe sobre la cláusula de exclusión, tema común a los artículos 23, 455 y el parcialmente atacado 232 del estatuto procesal penal acusatorio

No podía ni puede dejarse por fuera ese principio constitucional de la buena fe, de manera que cuando en el proceso de recaudo de la prueba se incurra inconscientemente en una irregularidad, al igual que si ésta carece de trascendencia o resulta subsanable por instrumentalizada o por otro principio convalidante, el juez deberá ponderar constructivamente la actuación, bajo la preeminencia del derecho sustancial, sin arribar inexorablemente a la producción de efectos jurídicos negativos contra la eficacia en el ejercicio de la justicia³⁶².

Y con un discurso similar a su par de la Corte Constitucional, Yesid Ramírez Bastidas, magistrado de la Corte Suprema de Justicia expone:

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 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.

4. Desde tiempos remotos la buena fe ha constituido uno de los principios fundamentales del derecho, bien por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, ora por su aspecto pasivo, como el derecho de esperar que los demás proceden de la misma forma. Es una regla general que la buena fe se presume, pues es lo que usualmente ocurre en el comportamiento de los hombres, mientras que el proceder de mala fe debe comprobarse.

³⁶² Aclaración de voto del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia C-210 de 2007, Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

5. Como lo indicara al comienzo, comparto la decisión de la Sala en cuanto a que la diligencia de registro efectuada en el lugar de residencia del procesado... no se obtuvo con violación de sus derechos fundamentales, porque medió averiguación previa para inferir que allí operaba un expendio de narcóticos, el indiciado accedió voluntariamente al registro ante la evidencia que lo incriminaba y se trataba de una flagrancia permanente de tal conducta punible, a lo que se suma la buena fe con la cual actuó la policía que en manera alguna desdice del registro así practicado³⁶³.

De conformidad con lo esbozado en el presente capítulo:

1. La prueba ilícita es una figura jurídica en virtud de la cual, tras ser declarada procesalmente, se eliminan los efectos probatorios procesales que esta tiene la vocación de brindar, en razón de la violación de derechos y formas que en su obtención se observaron.
2. La prueba ilícita fue creada jurisprudencial en Estados Unidos como elemento de disuasión contra las arbitrariedades en la obtención de pruebas por parte de los organismos estatales de investigación.
3. Las pruebas que se derivan de la ilegal son consideradas también ilegales en virtud de la doctrina del fruto del árbol envenenado y por tal motivo, deben ser también excluidas del proceso.
4. No obstante la exigencia de exclusión de aquella prueba obtenida ilegalmente, las pruebas de esta derivada pueden ser admitidas eventualmente, de conformidad con algunas excepciones creadas también jurisprudencialmente.
5. Se puede asegurar que existen motivos válidos, tanto teórica 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

³⁶³ Adición de voto a la sentencia de noviembre 9 de 2006, de la Sala de Casación Penal, M. P. Marina Pulido de Barón, en el asunto de radicación N° 23.327. Yesid Ramírez Bastidas

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.

6. La inclusión constitucional de la nulidad de la prueba ilícita, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, respondió a criterios de disuasión, tal y como originalmente fue concebida en Norteamérica; sin embargo, esta regla fue incluida como derecho fundamental en la Carta Magna.
7. Por regla general el efecto procesal de la prueba ilícita es la exclusión de la misma.
8. Solo por vía de excepción y ante pruebas ilícitas derivadas de la comisión de delitos de lesa humanidad se puede anular el proceso.
9. La jurisprudencia colombiana ha dispuesto diferenciar la prueba ilícita de la prueba inconstitucional, queriendo significar con la última denominación aquel elemento probatorio mediante el cual se afecta el debido proceso por vulneración de derechos fundamentales de contenido sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales, por su parte, a través de la primera se afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio).
10. A pesar de que la excepción de buena fe no fue incorporada al ordenamiento procesal penal como causal de no aplicación de la regla de exclusión, existen razones fuertes para que sea eventualmente aplicada, argumentos desarrollados con base en la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

CAPÍTULO 3

ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS QUE DEBEN EMPLEAR LOS FUNCIONARIOS JURISDICCIONALES EN UNA DECISIÓN JUDICIAL

En el tercer capítulo del marco teórico se desarrollará el objetivo específico 1 del proyecto de investigación, esto es, las estructuras argumentativas que deben emplear los funcionarios jurisdiccionales en una decisión judicial; en esa línea, el lector encontrará, en primera instancia, una caracterización de las estructuras argumentativas jurídicas, continuando con una descripción de las estructuras argumentativas que se han planteado desde la doctrina, ellas son los modelos de Stephen Toulmin y Manuel Atienza, esta etapa se concluye con el desarrollo de dos elementos fundamentales en toda estructura argumentativa, cuales son la justificación interna y externa, y dentro de la última, la interpretación y los tipos de argumentos entre otros; para finalizar, se puntualiza la estructura argumentativa que adopta el investigador y se refieren elementos sobre la argumentación y las estructuras argumentativas en la decisión judicial sobre admisión de pruebas ilícitas.

1. Determinación de las estructuras argumentativas jurídicas

Para poder establecer a qué se refiere el concepto de estructuras argumentativas jurídicas y posteriormente desarrollarlas, se debe, en primera instancia, aclarar que dicho proceso se presenta en el denominado “contexto de justificación”; es decir, aquella etapa en la que se deben aducir las razones o motivos para validar la premisa o conclusión (para el caso de la presente investigación, la sentencia o la decisión que contiene la misma) y no aquella interna que hace parte de la sique del juez (o jueces) y en la que factores de tipo social, económico, preconceptual e ideológico entran en juego, denominada “contexto de descubrimiento”. Así pues *“una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión”*³⁶⁴, toda vez que *“los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”*³⁶⁵; aunque es

³⁶⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 4.

³⁶⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 4.

de resaltar que autores como Manuel Atienza consideran que la argumentación jurídica se debe extender al contexto de descubrimiento (momento en el que se desenvuelve la interpretación); de modo tal que, es relevante conocer “*cómo llegan, de hecho, a esa decisión (esto es, cuál es el proceso mental –el proceso argumentativo- que les lleva ahí)*”³⁶⁶. Valga igualmente apuntar que esa consideración resulta minoritaria entre la doctrina.

En segunda instancia se debe realizar una descripción de las estructuras argumentativas desde la generalidad lingüística; efectivamente, tal y como se ha observado, los autores referidos (los que esbozan la teoría estándar) que han analizado la argumentación jurídica, concuerdan en señalar que existe un primer nivel de argumentación que es aquella que diariamente se despliega en las interacciones sociales y que corresponde al simple hecho de vivir en comunidad, y es representada por aquellos que saben pedir y dar justificaciones, y “*si reúne estas dos competencias en una forma diádica, despliega la actividad que llamamos <<argumentar>>*”³⁶⁷. La argumentación a su vez puede ser discursiva o de interlocución, la primera de ellas “*produce textos cuya macroestructura está caracterizada por secuencias de actos verbales asertivos seguidos de actos asensivos o disensivos*”³⁶⁸, la segunda por su parte se desarrolla por lo general en conversaciones informales en las que los participantes justifican sus actos verbales aún cuando sus interlocutores no lo han requerido. Según Henk Haverkate³⁶⁹, las aserciones y las exhortaciones son los actos verbales en los que la argumentación despliega un protagonismo más marcado.

³⁶⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 207.

³⁶⁷ HAVERKATE, Henk. Actas del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas (1983). p. 685. Publicadas bajo la dirección de A. David KOSSOFF, José AMOR y VÁZQUEZ, Ruth H. KOSSOFF y Geoffrey W. RIBBANS en http://cvc.cervantes.es/obref/aih/pdf/08/aih_08_1_073.pdf . 21 de octubre de 2010, 11:00 p.m.

³⁶⁸ *Ibíd.* p. 685.

³⁶⁹ HAVERKATE, Henk. Op. Cit. p. 685.

En realidad, a través de las aserciones se busca “*lograr un cambio mental en el interlocutor*”³⁷⁰, y para lograr dicho objetivo se deben cumplir “*una serie de reglas preparatorias o condiciones previas*”³⁷¹, entre ellas cabe mencionar las de razonabilidad, sinceridad y no-obviousidad; por su parte, mediante los actos verbales exhortativos se pretende “*influir en el comportamiento intencional del oyente de tal manera que éste realice, primariamente para beneficio del hablante, la acción indicada por el contenido proposicional*”³⁷². Resulta evidente en este punto, que la argumentación jurídica (del tipo que se desarrolla en las decisiones judiciales, valga la anotación toda vez que las exhortaciones se pueden usar en el ámbito legislativo por ejemplo) se ciñe solo a la primera de las comentadas en este aparte; esto es, la argumentación que incluyen las aserciones, de un lado, y por otro, de la de interlocución (argumentación incidental según Haverkate) anotada más arriba.

De otra parte, es valioso señalar que el método propio que sigue la argumentación general es el inductivo y corresponde paralelamente a él su estructura; es decir, se inicia con la descripción de unos hechos para inducir a una “*norma general que los explique*”³⁷³; sin embargo, también se puede hallar y utilizar el método deductivo, partiendo de “*premisas generales, lógicamente válidas, para extraer una ley particular que su tesis exponga*”³⁷⁴ *prima facie* y por regla general, la argumentación que se usa en la justificación de la decisión judicial corresponde al último de los métodos referidos.

³⁷⁰ HAVERKATE, Henk. Op. Cit. p. 686.

³⁷¹ SEARLE, J.R. *Speech acts. An essay in the philosophy of Language*. Cambridge, Cambridge University Press. 1969. p. 66 en HAVERKATE, Henk. *Actas del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas* (1983). p. 686. Publicadas bajo la dirección de A. David KOSSOFF, José AMOR y VÁZQUEZ, Ruth H. KOSSOFF y Geoffrey W. RIBBANS en http://cvc.cervantes.es/obref/aih/pdf/08/aih_08_1_073.pdf. 21 de octubre de 2010, 11:00 p.m.

³⁷² HAVERKATE, Henk. Op. Cit. p. 686.

³⁷³ El texto argumentativo: estructuras y técnicas. p. 3 <http://www.iberletras.com/30.htm>. 21 de octubre de 2010, 11:30 p.m.

³⁷⁴ *Ibíd.* p. 3.

Las estructuras argumentativas pueden ser también de dos tipos, el primero, la estructura explicativa, en la que la tesis aparece al principio y es sustentada con argumentos y la estructura conclusiva en la que se exponen en primer término los argumentos para finalizar con la tesis que los enmarque. Sobre este punto se podría decir en principio que la estructura propia de la justificación de las decisiones judiciales es la explicativa, sin embargo y con la ejecución de un simple ejercicio empírico, verbigracia la revisión de alguna sentencia judicial plasmada en texto, se puede notar que a ésta corresponde el segundo tipo de estructura, pudiéndose determinar que ambas corresponden al ejercicio justificativo de las sentencias, la primera en un ámbito abstracto y de explicación con perfil descriptivo en tanto que la segunda es la que se experimenta en el diario ejercicio jurisdiccional. Esta situación es propicia para realizar un paralelo con lo que acontece en relación con el desarrollo interior de la decisión del juez, esto es, el aspecto síquico y el *iter decisum* que recorre, existiendo la discusión de si primero decide y con posterioridad elige los argumentos que permitan sustentar su decisión, o si por el contrario, primero analiza los argumentos en pro y en contra y corolario de esa dialéctica concienzuda adopta su decisión, no siendo del resorte de esta investigación ahondar más sobre este asunto.

A modo de conclusión conviene decir que las estructuras argumentativas jurídicas en la decisión judicial:

- Justifican aserciones.
- Adoptan el tipo interlocutorio.
- Su método propio es el deductivo.
- Corresponden a estructuras conclusivas de conformidad con el desarrollo de la sentencia.

La justificación de las aserciones

La justificación interna se refiere a “*las causas intrínsecas del estado de cosas descrito, denotando la relación entre causa y efecto*”³⁷⁵, en la mayoría de los eventos se indica primero el resultado y luego la causa³⁷⁶. La justificación externa por su parte, da cuenta de las razones, los motivos o la “razonabilidad” de las premisas (las aseveraciones), ambas deben ser señaladas al momento de justificar aserciones.

2. Estructuras argumentativas jurídicas desde la doctrina.

2.1. Modelo argumentativo de Toulmin

Stephen Toulmin es reconocido por haber formulado un modelo argumentativo, quien en principio afirma que las argumentaciones cotidianas no siguen los modelos clásicos del silogismo, sino que, por otra vía, opta por la extraña concepción de la lógica operativa que se puede estudiar desde la jurisprudencia, y que según su planteamiento, solo a partir de ella se debe analizar la argumentación. Su modelo ha servido no solo en el ámbito jurídico y dentro de éste, al jurisdiccional, sino que también sirve de guía para la elaboración de ensayos y artículos de todo tipo, demostrando así, que a partir de las reglas generales de la argumentación y del discurso, devienen las particulares jurídicas. Su modelo contiene los siguientes elementos: pretensión (afirmación o conclusión), razones (datos), garantía y respaldo y los cualificadores modales:

Pretensión (Claim (C)):

Es el punto de inicio del proceso argumentativo, se efectúa una aserción sobre algo, se le denomina también afirmación o conclusión.

Razones o datos (Grounds (G)):

³⁷⁵ HAVERKATE, Henk. Op. Cit. p. 687.

³⁷⁶ Véase HAVERKATE, Henk. Op. Cit. p. 687.

Porque G

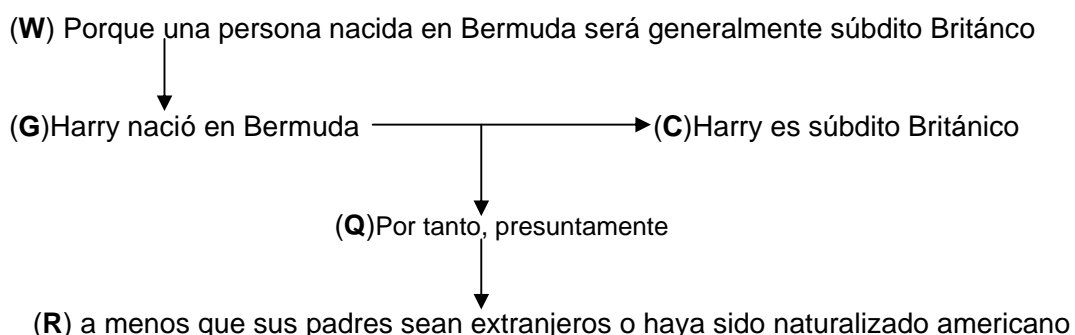
Respaldo (Backing (B)):

Si aún habiendo expuesto datos y garantías para sustentar cierta afirmación, “*quien la ha puesto en duda no ha quedado satisfecho, porque pone en tela de juicio no sólo un argumento en particular, sino la cuestión más general de la garantía*”³⁸², deben esgrimirse otro tipo de argumentos en las que necesariamente descansan las garantías, y “*sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia*”³⁸³, Toulmin considera que el tipo de respaldo ofrecido a las garantías varían de un campo de argumentación a otro.

Cualificadores modales (Qualifiers (Q)):

Si las garantías no cumplen con el objetivo de que el interlocutor acepte la afirmación de manera incuestionable (usando el adverbio “necesariamente” en el argumento), se acude a un tipo de garantía que de manera provisional permite el paso de los datos a la conclusión, en esta clase de garantía se deben usar términos modales como: “probablemente”.

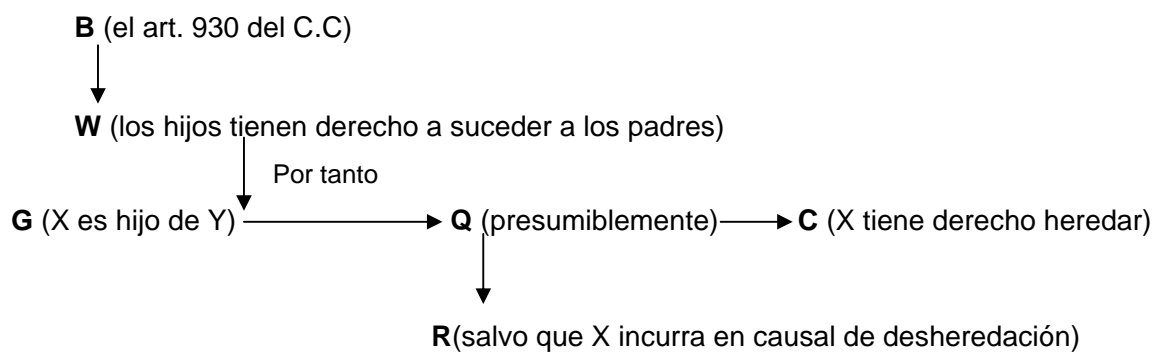
Toulmin traza un ejemplo en el que plasma su teoría:



³⁸² TOULMIN, Op Cit. p. 140.

³⁸³ TOULMIN, Op. Cit. p. 140.

Manuel Atienza, por su parte, brinda un ejemplo de carácter jurídico que grafica lo escrito³⁸⁴:



2.2. Modelo de Manuel Atienza

Atienza aporta un esquema argumentativo en el capítulo final de su obra las razones del derecho, que es como sigue:

Relación de argumentos entre sí (aspecto semántico, sentido de los enunciados):

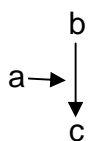
$a \rightarrow b$: a es un argumento independiente a favor de b;

$a \Rightarrow b$: a es un argumento independiente en contra de b;

$\begin{array}{l} a \\ | \\ \hline | \\ b \end{array} \rightarrow c$: a y b, conjuntamente, constituyen un argumento a favor de c;

$\begin{array}{l} a \\ \diagdown \\ \quad \rightarrow c \\ \diagup \\ b \end{array}$: a y b, (cada uno por separado), constituyen un argumento a favor de c;

³⁸⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 88.



a: es un argumento para fundamentar c con la ayuda de b;

El aspecto semántico (el sentido de los enunciados) se encuentra representado en este esquema por las letras minúsculas, y el aspecto pragmático; es decir, “*para indicar cuál es el tipo de acto de lenguaje que se efectúa con el enunciado, puede recurrirse a las siguientes figuras geométricas:*”³⁸⁵

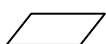
Aspecto pragmático:



Planteamiento de un problema;



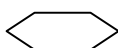
Afirmación de un enunciado empírico (universal o singular);



Adopción de un enunciado normativo que obliga, prohíbe o permite hacer algo;



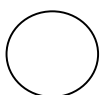
Formulación de una pregunta que se puede hacer en el discurso de la argumentación y que puede tener una o más salidas;



asunción de un juicio de valor;



establecimiento de una definición o de un postulado de significado;



adopción de un principio (que puede considerarse algo a mitad de camino entre un valor y una norma); etc.

Ejemplo en el que se refleja la viabilidad y utilidad del modelo:

³⁸⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 209.

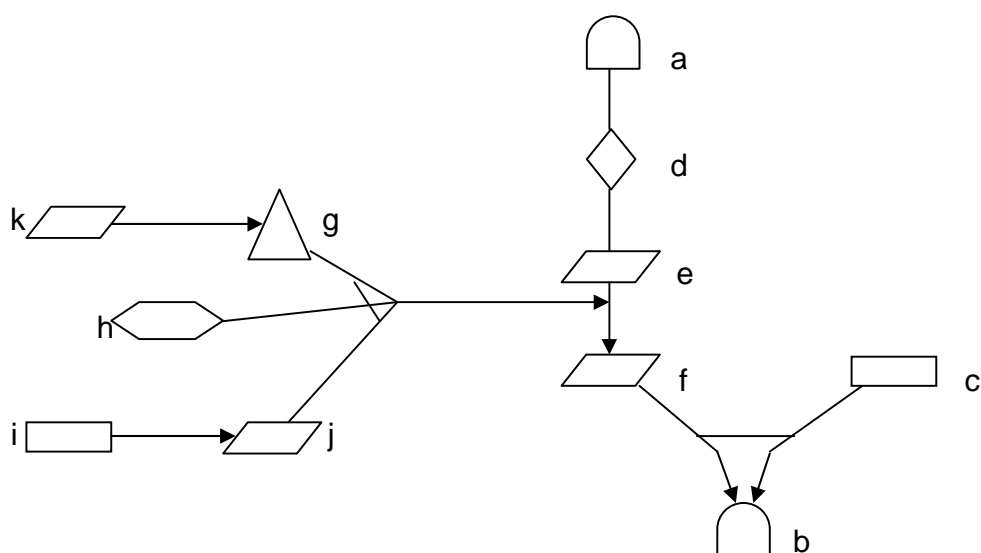
Sentencia del Tribunal constitucional español del 27 de junio de 1990, denominado el caso de los Grapo, en el que un grupo de reclusos del Grapo se encontraban en huelga de hambre; la cuestión planteada era si se debía alimentar a la fuerza a dichos reos cuando su salud se viera amenazada como consecuencia de la huelga de hambre (a), que la administración tenía esa obligación (b), si se presentaba la mencionada situación de amenaza a la salud (c).

Para concluir lo mencionado (c), el Tribunal realizó el siguiente análisis:

- Cuál es la norma aplicable al caso (d).
- El Tribunal considera que la norma aplicable es el artículo 2.4 de la ley orgánica general penitenciaria (LOGP), según la cual, la administración penitenciaria tiene la obligación de velar por la vida e integridad de los presidiarios (e).
- Que debe ser aplicada a la luz de la Constitución española, que en el artículo 15 estipula el principio del derecho a la vida y la integridad física y moral.
- Problema de interpretación: cómo se resuelve el conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal.
- El tribunal decide que el derecho a la vida prevalece sobre el de la autonomía personal, creando una norma o subregla según la cual:
- *“cuando la salud de un interno corre grave riesgo como consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, la administración tiene la obligación de alimentarle, incluso por la fuerza”*³⁸⁶ (f).
- Para justificar el paso de (e) a (f) el tribunal dio las siguientes razones:

³⁸⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 209.

- “el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”³⁸⁷ (g).
- “los presos no usan de la libertad reconocida en el artículo 15 de la Constitución para conseguir fines lícitos, sino objetivos no amparados por la ley”³⁸⁸ (h).
- “Los reclusos están frente a la administración en una “relación especial de sujeción”³⁸⁹ (i), “lo que permite imponer limitaciones a sus derechos fundamentales que podrían no estar justificadas si se tratara de ciudadanos libres”³⁹⁰ (j).



En este esquema (f), (c) y (b) es lo que se denomina esquema de justificación interna, el uso de una flecha doble en lugar de una sencilla en el caso de la llegada a (b) significa que es un argumento de tipo deductivo, por su lado, (k), (g), (h), (i) y (j) constituyen la justificación externa de (f).

³⁸⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 210.

³⁸⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 210.

³⁸⁹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 210.

³⁹⁰ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 210.

A falta de Toulmin y Atienza, ningún otro autor expone una estructura o modelo argumentativo aunque los más relevantes concuerdan en señalar que cada conclusión o tesis (decisión en este caso) debe gozar de una justificación interna y una externa y de ello se dará cuenta a continuación:

3. La justificación interna

Este tipo de justificación hace alusión a lo que históricamente se ha denominado “silogismo jurídico”, y con su desarrollo “*debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente*”³⁹¹; es decir, la justificación interna debe satisfacer reglas eminentemente lógicas, sin que sea dable cuestionar la racionalidad de los predicados que componen la aserción, acto que corresponde de manera exclusiva a la justificación externa; de conformidad con lo que plantea Alexy, la forma más simple de justificación interna es:

(J.1.1) . (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)

En donde:

T: predicado que representa el supuesto de hecho de la norma.

O: operador deóntico general.

R: predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

x: variable del individuo.

a: constante del individuo.

Y a esta forma corresponden las siguientes normas:

³⁹¹ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 221.

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Ejemplo:

- (1) Los soldados deben decir la verdad en asuntos del servicio
- (2) El señor M es un soldado.
- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1), (2)

Esta forma de justificación es solo viable en los eventos en los que no existe cuestionamiento de la adecuación de los hechos a la norma universal, este esquema será insuficiente en los casos complicados que se presentan cuando: (1) la norma se puede interpretar de diferentes maneras, (2) la norma es ambigua, (3) la norma es vaga, (4) la expresión usada en la norma es de textura abierta (contiene expresiones como: justo o imparcial) y que deben ser adecuados de conformidad con cada caso. Para este tipo de casos se plantea la forma más general de justificación interna:

- (J.1.2) . (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . (2) $(x) (M_1x \rightarrow Tx)$
 . (3) $(x) (M_2x \rightarrow M_1x)$
 .
 .
 .
 . (4) $(x) (Sx \rightarrow M_nx)$
 . (5) Sa
 . (6) ORa (1)-(5)

A esta forma de justificación interna corresponden las siguientes reglas:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un Z, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Ejemplo:

- (1) Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.
- (2) Quien mata alevosamente, comete un asesinato.
- (3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.
- (4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.
- (5) X mató a Y mientras este último estaba dormido.
- (6) A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

Aunque el término justificación interna es bastante usado y en parte es así, ya que la teoría de argumentación jurídica de mayor difusión es aquella esbozada por quien acuñó el término aludido, es importante señalar que otros autores de relevancia en la materia usan diferentes rótulos para referirse al mismo fenómeno; es el caso de Toulmin, quien divide los argumentos en formales y no formales, en los formales, lo que importa es la estructura interna, es decir, *“el argumento se ve únicamente como una cadena formal de proposiciones....sin que quepa plantear cuestiones de relevancia externa..... vinculadas con la experiencia práctica”*³⁹², a su vez, MacCormick define ciertos niveles de justificación de las decisiones judiciales; en un primer nivel, la decisión se defiende bajo lo que él denomina “justificación deductiva” que corresponderá en todos los eventos, a casos fáciles,

³⁹² ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 93.

en los cuales solo basta adecuar los hechos a la norma, que obviamente es clara³⁹³.

4. La justificación externa

4.1. Formas y reglas de la justificación externa según

Robert Alexy

El juicio de racionalidad corresponde al ámbito de la justificación externa y su objeto es la fundamentación de las premisas utilizadas en la justificación interna. *“Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que nos son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo”*³⁹⁴, la justificación de las primeras *“consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema”*³⁹⁵, las segundas se justifican *“de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba”*³⁹⁶ y la última modalidad (reformulaciones de normas) se justifica acudiendo *“a la argumentación jurídica; en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa”*³⁹⁷. Alexy puntualiza seis grupos de formas y reglas de justificación externa³⁹⁸, cuales son: (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general (fundamento de la argumentación jurídica) y (5) de la argumentación empírica (sobre los que Alexy no brinda formas ni reglas), y (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

³⁹³ Neil MacCormick trae un ejemplo para sustentar su tesis (Daniels v. White & Sons and Tabard y que por efectos pragmáticos no se transcribe en el presente capítulo) que se puede observar en ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 109 y ss. y FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 126 y ss.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 222.

³⁹⁵ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 166.

³⁹⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 166.

³⁹⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 166.

³⁹⁸ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 222 y ss.

4.1.1. Interpretación (reglas y formas)

Ante una norma que permite más de una interpretación, “*hay que justificar la interpretación elegida mediante la justificación externa*”³⁹⁹, la que sigue es la forma básica de justificación:

(J.1.2´) . (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 . (2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 . (3) Ma
 . (4) ORa (1) - (3)

“*A partir de (1), la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras, W, se sigue la norma concreta R*”⁴⁰⁰, “*que es una interpretación de R a través de W*”⁴⁰¹:

(2´) (x) $(Mx \rightarrow ORx)$ (R´)

Alexy confecciona entonces, de conformidad con los diferentes tipos de interpretación que considera, los denominados “cánones de interpretación”, que los agrupa del siguiente modo: los de interpretación semántica, teleológica, genética, histórica, comparativa y sistemática, aunque de los tres últimos no elabora formas:

4.1.1.1. Sobre las formas concretas de argumentos-cánones de interpretación

- Formas de interpretación semántica (argumento semántico)

³⁹⁹ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 170.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 225.

⁴⁰¹ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 167.

Este tipo de interpretación puede adoptar tres formas, a saber: para criticar, justificar o mostrar que una determinada interpretación es admisible racionalmente (al menos desde el punto de vista semántico), así lo señala Alexy:

- (J.3.1) R' debe aceptarse como una interpretación de R sobre la base de Wi.
- (J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de Wk.
- (J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación R, pues no rigen ni Wi ni Kw⁴⁰².

- Formas de interpretación genética (argumento genético)

Se usa cuando se aduce como justificante de cierta interpretación, la intención del legislador y se pueden definir dos formas de argumentación genética, en la primera se refiere a la intención del legislador:

- (J.4.1) . (1) R' (= I_{RW}) es querido por el legislador.
(2) R'

“Y en la segunda se alega que el legislador adoptó R como medio para lograr cierto objetivo Z.”⁴⁰³

- (J.4.2) . (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
. (2) $\neg R'$, (= I_{RW}) $\rightarrow \neg Z$
(3) R'

- Forma fundamental de interpretación teleológica (argumento teleológico)

- (J.5) . (1) OZ
. (2) $\neg R'$, (= I_{RW}) $\rightarrow \neg Z$
(3) R'

⁴⁰² ALEXY, Robert. Op Cit. p. 226.

⁴⁰³ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 171.

Mediante (1) se asevera que cierta situación es deseable, y (2) es la afirmación de la necesidad de esa interpretación para lograr el objetivo Z.

4.1.1.2. Reglas

La primera de las reglas (J.6) aplica a cada uno de los cánones de interpretación y corresponde al requisito de saturación, en tanto que las demás reglas son planteadas con el objeto de fijar pautas o parámetros para determinar la prevalencia de ciertos argumentos sobre otros, ya que, como Alexy lo expone, es difícil establecer una jerarquía entre los cánones de interpretación, y la aplicación de cada uno de ellos puede llevar a una solución diferente en cada caso; en ese sentido, Alexy dota con sus reglas de cierta preeminencia a los argumentos jurídicos, por sobre los no legales, de modo tal que, los cánones semánticos y genéticos priman.

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumentos que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

4.1.2. Argumentación dogmática (Reglas)

Robert Alexy considera que una dogmática del derecho es.

(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (s) tienen contenido normativo⁴⁰⁴.

Esta forma de argumentación, por su parte, entremezcla “al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos”⁴⁰⁵. De tal suerte que “Para que un enunciado pueda considerarse dogmático no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino tan sólo que lo consideren dogmático”⁴⁰⁶, es decir, que sea una norma no extraída de la ley y sus reglas. Según el autor estudiado, son:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Por último, es dable anotar que Alexy considera⁴⁰⁷ que la argumentación dogmática cumple con seis tipos de funciones, tal y como bien lo anota Manuel Atienza:

de estabilización (puesto que fija durante largos períodos de tiempo determinadas formas de decisión); de progreso (amplía la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetual y personal); de descarga (no hay que volverlo a discutir todo cada vez); técnica (la presentación unificada y sistemática de la materia sirve como información y promueve la enseñanza y la capacidad de transmisión); de control (al permitir

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 246.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 241.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 248.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 255 a 260.

decidir casos en relación con los ya decididos y por decidir, acrecienta la eficacia del principio de universalidad y de justicia); heurística (las dogmáticas contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas)⁴⁰⁸.

Es importante igualmente puntualizar que la función de descarga puede ser asimilada o ser resultado de la adaptación del principio de inercia planteado por Perelman.

4.1.3. Uso de los precedentes (reglas más generales)

Este tipo de argumento es otra extensión del principio de universalidad (que se refleja de igual modo en el planteamiento de la función de estabilización de la dogmática y con las reglas de preeminencia de los cánones de interpretación), es decir, *“la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual”*⁴⁰⁹, que tal y como se plantea, impone la carga de argumentación a quien se aparta de él (nuevamente aquí se expresa el principio de inercia de Perelman). Alexy formula dos reglas para el uso de los precedentes:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

4.1.2. Argumentos jurídicos según Robert Alexy (Formas especiales)

a. Forma de argumento e contrario

⁴⁰⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 169.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 262.

Se usa este tipo de argumento “*cuando quiere mostrar que un caso particular no encaja bajo cierta norma*”⁴¹⁰, demostrando que el caso sub examine difiere en elementos esenciales de aquellos a los que se las ha aplicado la norma.

(J.15) . (1) (x) (OGx→Fx)
 (2) (x) (¬ Fx→ ¬OGx)

b. Forma de argumento analógico

Este tipo de argumento se corresponde con el principio de universalidad y se aplica en los eventos en los que el juez no puede decidir sobre la base de la norma, de modo tal que, aplicando una inferencia lógica de similitud o semejanza con otro caso aplica la forma de decidir (norma) de éste al primero. El elemento importante a fundamentar no es en últimas “*la inferencia de (3) a partir de (1) y (2), sino en la fundamentación de (1) y (2)*”⁴¹¹

(J.16) . (1) (x) (Fx v F sim. X → OGx)
 . (2) (x) (Hx→ F sim. x)
 (3) (x) (Hx→OGx) (1), (2)

c. Forma de argumento ad absurdum

Es un tipo de argumento de inaceptabilidad, se presenta cuando para fundamentar la tesis de que determinada interpretación no es dable, se establece que de ser así, se produciría un resultado inaceptable:

(J.17) . (1) O ¬ Z
 . (2) R´→ Z
 (3) ¬ R´

⁴¹⁰ FETERIS, Eveline. Op. Cit. p. 175.

⁴¹¹ ALEXY, Robert. Op Cit. p. 269.

- Regla de las formas especiales de argumentos jurídicos

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas. Resulta de paso evidente que los enunciados mediante los cuales se satura, pueden y deben ser fundamentados en el discurso jurídico.

4.2. La justificación de segundo nivel de MacCormick

Para poder justificar una decisión en un caso difícil, se debe, en primera instancia, satisfacer el principio de universalidad, en virtud del cual, se debe contar “*al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio*”⁴¹², esto es, no solo dar razones particulares para sustentar la decisión (grounds en Toulmin), sino también un “*enunciado normativo general que indique que siempre que se den*”⁴¹³ tales razones, “*debe tomarse la decisión d*”⁴¹⁴ (warrant en Toulmin y que permite el paso de las razones a la conclusión), y en segundo lugar, que la “*decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema*” (cumplimiento de coherencia y consistencia) y con el mundo (consecuencialista).

4.3. Tipos de argumentos

A continuación se refieren algunos tipos de argumentos sin ninguna pretensión de profundidad, más allá de advertir de su existencia y anotar algunos rasgos característicos de cada uno:

a. Argumento analógico

⁴¹² ATIENZA, Manuel. Op. Cit. P. 115.

⁴¹³ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. P. 115.

⁴¹⁴ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. P. 115.

Es quizá el tipo de argumento más antiguo, utilizado y difundido y corresponde a la noción de igualdad, de conformidad con el cual, una norma similar (igual en los aspectos sustancialmente relevantes) a otra carente de consecuencia jurídica prevista debe recibir igual tratamiento o consecuencia; es decir, a los mismos supuestos, los mismos efectos, siempre y cuando de estos supuestos se pueda predicar una identidad de sustancia relevante, tal y como lo expresa Francisco Javier Ezquiaga:

- a. Una norma N que regula el supuesto S1 al que aplica la consecuencia jurídica C;
- b. Un supuesto S2 no regulado por ninguna norma;
- c. Los supuestos S1 y S2 son semejantes, y,
- d. Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón.⁴¹⁵

Se legitima la extensión analógica por la semejanza entre los supuestos en consideración a la voluntad del legislador, *“es decir, se considera, ante el silencio del legislador, que éste ha querido dar el mismo tratamiento a dos hipótesis parecidas, de lo contrario hubiera realizado una manifestación expresa de su voluntad en otro sentido”*⁴¹⁶, aunque el problema fundamental del argumento analógico reside en *“la apreciación de la relevancia de la semejanza”*⁴¹⁷ y de conformidad con el Tribunal Constitucional⁴¹⁸ español, la analogía exige los siguientes requisitos:

- “a. Semejanza de supuestos.*
- b. Identidad de razón por el objeto y finalidad perseguida.*
- a. La norma aplicada debe ser la más específica y homogénea, permita mayor congruencia y evite transposiciones arbitrarias”*⁴¹⁹.

⁴¹⁵ EZQUIAGA, Francisco Javier. La argumentación en la justicia constitucional. Bogotá: Biblioteca jurídica Dike, colección profesores. 2008. p. 60.

⁴¹⁶ *Ibíd.* p. 62.

⁴¹⁷ Ezquiaga. Op. Cit. p. 63.

⁴¹⁸ Sentencia TC 36 /1982.

⁴¹⁹ Ezquiaga. Op Cit. p. 72.

Límites a la analogía

Javier Ezquiaga en su obra, la argumentación en la justicia constitucional, esboza los motivos por los cuales considera que la analogía no es aplicable en los siguientes eventos:

1. No procede cuando los supuestos no son similares o tienen semejanza.
2. No procede en materia penal, ámbito en el que prevalece el principio de legalidad (*nulla poena sine lege previa*).
3. Es improcedente cuando el legislador ha regulado restrictivamente un asunto.
4. No es utilizable para restringir derechos.
5. *“No se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal: en aquellos casos en los que el Gobierno está obligado por mandato legal a regular una concreta materia”⁴²⁰.*
6. *“A un supuesto no es posible aplicarle extensivamente una regla que no pertenezca a su “ámbito de analogía”⁴²¹.*

Respecto del argumento analógico es acertado anotar que en definitiva:

1. La clave para la aplicación de la analogía reside en la *“apreciación de la identidad de razón entre el supuesto no regulado y el regulado”⁴²².*

⁴²⁰ Ezquiaga. Op Cit. p. 77.

⁴²¹ Ezquiaga. Op Cit. p. 78.

⁴²² Ezquiaga. Op Cit. p. 86.

2. El argumento analógico por sí sólo no goza de plena eficacia, toda vez que se requiere justificar la razón de la identidad de razón y la semejanza.

b. El argumento a partir de los principios

Los principios⁴²³ tienen una función interpretativa fundamental, ya que permiten “ante un enunciado de significación dudosa, optar por aquél que mejor se adecua a lo establecido por un principio”⁴²⁴, toda vez que éstos, “expresan los rasgos u objetivos fundamentales del ordenamiento”⁴²⁵; sin embargo, la textura amplia de las normas constitucionales o de los principios generales de derecho implican una gran autonomía por parte del operador jurídico al momento de fijar su contenido, dificultando de una parte, su interpretación, pero gozando de una gran facilidad para su aplicación.

c. Argumento sistemático

Resulta de vital importancia al momento de exponer razones de tipo normativo que sustentan los enunciados, tener en cuenta el contexto dentro del cual la disposición se encuentra, por tanto, se podría afirmar que la interpretación sistemática “*intenta dotar a un enunciado de comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte*”⁴²⁶, es decir, le atribuye significado a la disposición tras la determinación del contexto; sin embargo, es aquí justamente donde comienzan los problemas, ya que no

⁴²³ Los principios no gozan de una fácil caracterización, y muestra de ello son la gran cantidad de catálogos que se han confeccionado (por parte de Bobbio o Wróblesky por ejemplo), siendo identificados algunos principios en ciertas clasificaciones que son ignorados en otras, además de no ser homogéneos, porque en líneas generales, dependen del clausulado constitucional de cada país, y de la interpretación extensiva que el máximo tribunal constitucional dé a su contenido.

⁴²⁴ Ezquiaga. Op Cit. p. 120.

⁴²⁵ Ezquiaga. Op Cit. p. 120.

⁴²⁶ HERRERO, de Miñón M. En torno a la aplicación de la Constitución, La constitución española y las fuentes de derecho, Vol. II, Madrid, 1979. p. 1237 en Ezquiaga. Op Cit. p. 122.

existen parámetros para establecer el contexto legal en cada caso con plena certeza, esto es, determinar cuáles son los “*textos legales, artículos o apartados precisos a armonizar, acercar o combinar*”⁴²⁷.

c.1. Argumento a coherencia

Es aquél “*por el que dos enunciados legales no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas*”⁴²⁸, de modo tal que el ordenamiento jurídico conserva su coherencia, ejemplo de ello resulta el examen de constitucionalidad de las leyes que efectúa la Corte constitucional de Colombia en virtud del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, de modo tal que, de existir incompatibilidad (incoherencia) entre la norma demandada y la superior, deberá declarar inaplicable la primera. Sin embargo, no en todos los casos debe declararse la inexequibilidad de la norma sino de alguna de sus posibles interpretaciones (naturalmente aquella o aquellas que riñan con el contenido de la Carta Magna); de allí que toda interpretación se deba realizar de conformidad con la Constitución.

c.2. Argumento Sedes Materiae

En este tipo de argumentos lo trascendental es la ubicación espacial de la norma, así pues, se atribuye significado al enunciado que genera la duda a partir del “*contexto normativo del que forma parte*”⁴²⁹, el fundamento de este tipo de argumento es el mito del legislador racional, racionalidad que utiliza el legislador para realizar una sistematización lógica y estructurada de las normas dentro de un texto legal, de tal suerte que el intérprete debe tener en cuenta la voluntad del legislador expresada en la ubicación premeditada de la norma en su contexto; por ejemplo, el “*que la colocación de diversas materias en un mismo punto de un*

⁴²⁷ Ezquiaga. Op Cit. p. 173.

⁴²⁸ Ezquiaga. Op Cit. p. 130.

⁴²⁹ Ezquiaga. Op Cit. p. 158.

*artículo es indicio de que están relacionadas entre sí, aunque estén separadas sintácticamente*⁴³⁰.

c.2.1. Argumento A Rúbrica

Goza de gran relación con el argumento sedes materiae ya que poseen el mismo fundamento; esto es, la racionalidad del legislador y su voluntad, y se define como al que se le atribuye significación partiendo del *“título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquél se encuentra”*⁴³¹, se enfilan críticas contra éste con base en el hecho de que los legisladores por regla general no votan el título de una ley.

d. Argumento A Fortiori

El argumento a fortiori tiene los siguientes rasgos:

1. Debe existir ausencia de regulación de cierto hecho por parte del legislador y, del mismo modo, hallar una norma que prevea determinada consecuencia a un acto, consecuencia que se aplica al hecho no regulado.
2. La duda que se pretende resolver mediante el uso del argumento a fortiori no es frente al significado del enunciado, sino a *“la posibilidad de extender la consecuencia legal a una hipótesis no expresamente prevista”*⁴³², a través del argumento a fortiori se justifica la operación de paso.
3. La “mayor razón” y la voluntad del legislador son los elementos en los que se funda el argumento a fortiori; en la voluntad del legislador, porque no se conciben lagunas en el ordenamiento, por tanto, no

⁴³⁰ Ezquiaga. Op Cit. p. 160.

⁴³¹ Ezquiaga. Op Cit. p. 169.

⁴³² Ezquiaga. Op Cit. p. 204.

existe la omisión del legislador, sino que, el legislador ha querido anotar solamente los casos más típicos, *“pero que implícitamente estaba teniendo en cuenta todas aquellas hipótesis que merezcan con mayor razón que las previstas, la regulación dictada”*⁴³³.

Un ejemplo de la aplicación del argumento a fortiori es el siguiente:

El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas a los abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente y a fortiori tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos⁴³⁴.

La segunda de las hipótesis no se encuentra prevista en la norma, lo cual no es óbice para aplicarle la misma consecuencia jurídica del primer evento referido por merecerlo “con mayor razón”; es decir, ya que el poder judicial del Estado es el órgano natural establecido para resolver los conflictos surgidos con ocasión de la comisión de un delito, entonces, a quien le es permitido guardar silencio ante un tribunal, con mayor razón puede hacerlo ante la Administración (poder ejecutivo).

e. Argumento a contrario

El argumento a contrario corresponde a un tipo de interpretación restrictiva mediante el cual se rechazan enunciados e hipótesis diferentes de las previstas por el legislador; *“en concreto, se opina que la regulación no se extiende a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto”*⁴³⁵, no siendo necesario que la otra hipótesis sea contraria, sino simplemente diferente de la prevista en la norma.

⁴³³ Ezquiaga. Op Cit. p. 205.

⁴³⁴ Ezquiaga. Op Cit. p. 206.

⁴³⁵ Ezquiaga. Op Cit. p. 223.

f. Argumento Psicológico

Por razón de este tipo de argumentos se llena de significado el enunciado o la norma acudiendo a la voluntad del concreto legislador histórico que confeccionó la disposición; para poder estudiar adecuadamente su voluntad, se acude a las exposiciones de motivos, preámbulos y en general a todo documento que refleje las razones por las cuales se expidió la norma.

g. Argumento de la no redundancia

El argumento de la no redundancia es, según Tarello:

Por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; debido a que aquella atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo⁴³⁶.

h. Argumento Apagógico o ad absurdum

El argumento apagógico sirve para predicar la validez de cierto enunciado o tesis que riñe con otra, con base en las consecuencias contrarias que aquella tiene con otra tesis de verificada validez; es decir, porque ésta tiene consecuencias absurdas, en términos de Lazzaro: "*afirmar la verdad de una tesis, mostrando cómo la contradictoria es, a su vez, contradictoria con otra tesis ya demostrada (o tomada) como verdadera*"⁴³⁷; adoptando la forma: <Si: si p, entonces no p, entonces no p>; en ese sentido, el argumento apagógico responde a criterios de eficacia y coherencia del ordenamiento jurídico, ello con base en la teoría de la

⁴³⁶ TARELLO, G. Teoría dell'interpretazione della legge. Bologna, 1974. P. 393. En: Ezquiaga. Op Cit. p. 306.

⁴³⁷ LAZZARO, G. Gli argomenti della Corte di casazione, en L'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione. Aspetti storici e metodologici (Seconde giornate internazionali di sociologia del diritto). Varese, Villa Ponti, 17-19 settembre 1971, p. 20. En: Ezquiaga. Op Cit. p. 323.

racionalidad del legislador, ya que éste no genera normas contrarias, de una parte, y por otra, no hace nada inútil, como atributo de su racionalidad. Es común que a través de este tipo de argumento se rechacen una o varias interpretaciones plausibles de una norma o enunciado, otorgándole validez solo a aquella que no conlleve a un absurdo, una incoherencia o a un sinsentido.

i. Argumento pragmático

Perelman⁴³⁸ acuña el concepto de argumento pragmático bajo el entendido de un modelo consecuencialista, es decir, un argumento con el que se establece *“la verdad o el valor de la tesis que se defiende a partir de las consecuencias favorables que de ella se derivan, o la falsedad de la tesis defendida por el adversario Por las consecuencias desfavorables que de ella se derivan”*⁴³⁹; al igual que con el argumento apagógico, con el pragmático se pueden sustentar o avalar ciertas interpretaciones o rechazar las mismas justificando este rechazo en que *“de atribuirse tal significado al enunciado que plantea dudas interpretativas, algún enunciado del legislador se convertiría en inútil”*⁴⁴⁰, en tanto que cuando se apoya alguna interpretación, se justifica en razones de tipo práctico, o porque *“interpretando de otro modo el precepto quedaría vacío de contenido”*⁴⁴¹.

j. Argumento de autoridad

El argumento de autoridad es aquél al que se acude con el objeto de resolver un desacuerdo frente al significado o a la interpretación de una norma con base en el concepto que sobre la materia tiene una autoridad; en efecto, el argumento de autoridad es aquél *“por el que a un enunciado normativo le es atribuido aquel*

⁴³⁸ PERELMAN, CH. La lógica jurídica y la nueva retórica. Trad. Esp., Madrid, 1979. Pp 165 y ss. En: Ezquiaga. Op Cit. p. 368.

⁴³⁹ Ezquiaga. Op Cit. p. 368.

⁴⁴⁰ Ezquiaga. Op Cit. p. 372.

⁴⁴¹ Ezquiaga. Op Cit. p. 375.

*significado que ya le había sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho*⁴⁴²; es decir, se usa *“la opinión de una persona a favor de una tesis propia”*⁴⁴³ radicando la intensidad de su peso en el prestigio de quien emite el concepto o la opinión; por lo general esa opinión proviene de la jurisprudencia o de la doctrina.

k. Argumento histórico

Básicamente mediante este argumento se acude a las normas de todo tipo que a través de los años han regulado cierta institución del derecho o cierta contingencia; siendo parte de estos, para la mayoría de los autores, los precedentes de las normas y los trabajos preparatorios, en tanto que para otros, tal y como lo sostiene Ezquiaga⁴⁴⁴, éstos no deben hacer parte del argumento, acudiendo de ese modo al argumento sicológico que difiere del histórico en tanto éste *“intenta reconstruir la voluntad de las personas que física e históricamente elaboraron el documento”*⁴⁴⁵ cuando a su vez, el primero, otorga *“a un documento que plantea dudas interpretativas aquel significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el documento actual regula”*⁴⁴⁶.

l. Argumento teleológico

Con los argumentos teleológicos se acude a la finalidad del precepto interpretado, toda vez que, *“el legislador está provisto de unos fines de los que la norma es un medio”*⁴⁴⁷, por tanto, en ella se deben desentrañar los objetivos últimos que el legislador pretendía alcanzar con su formulación. El asunto, sin embargo, no se presenta de manera pacífica; efectivamente, determinar cuál es el fin de la norma,

⁴⁴² TARELLO, G. L'interpretazione della legge. Milán, 1980. P. 372. En: Ezquiaga. Op Cit. p. 414.

⁴⁴³ Ezquiaga. Op Cit. p. 414.

⁴⁴⁴ Siguiendo a Tarrello y Lázaro, véase Ezquiaga. Op Cit. p. 451.

⁴⁴⁵ Ezquiaga. Op Cit. p. 452.

⁴⁴⁶ Ezquiaga. Op Cit. p. 452.

⁴⁴⁷ Ezquiaga. Op Cit. p. 492.

el ámbito que debe tenerse en cuenta y cómo se averigua esa finalidad no se encuentra establecido de manera unánime, por lo que se han presentado múltiples posiciones tales como “*el fin concreto del precepto, el fin general de la materia o institución regulada, el fin genérico del derecho (la justicia, por ejemplo) o los fines de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado*”⁴⁴⁸.

5. Posición del autor frente a las estructuras argumentativas.

Una vez revisadas tanto la teoría estándar de la argumentación jurídica, como las estructuras argumentativas identificadas, se considera:

- Las teorías de argumentación jurídica sostenidas por Robert Alexy y Neil MacCormick pueden ser calificadas como las más completas, ello en virtud de la inclusión de parámetros para determinar la racionalidad, en este caso particular, de la justificación de la decisión judicial.
- No obstante la completitud de la teoría de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, ella no será utilizada para efectuar el análisis de las providencias mediante las cuales se admiten pruebas ilícitas, toda vez que no presenta herramientas que puedan ser aplicadas al análisis de la decisión, tal y como se pretende. En efecto, el autor presenta, de un lado, un esquema básico de argumentación, según el cual, para los casos fáciles se debe usar la justificación deductiva, y de otra parte, un esquema para los casos difíciles, eventos en los que se debe acudir a una justificación de segundo nivel en la que se usan argumentos consecuencialistas y de coherencia y consistencia; en ese sentido es relevante afirmar que los tipos de argumentos son importantes al momento de efectuar un análisis de la justificación externa de la

⁴⁴⁸ Ezquiaga. Op Cit. p. 517.

decisión (o en términos de MacCormick, de segundo nivel), sin embargo, ello solo es una etapa del procedimiento analítico de la misma.

- En la misma línea se puede aseverar que, no obstante la completitud de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ella no será completamente utilizada para efectuar el análisis de las providencias mediante las cuales se admiten pruebas ilícitas, toda vez que no presenta herramientas que puedan ser aplicadas al análisis de la decisión, tal y como se pretende. En efecto, su teoría se enfoca en los procedimientos que se deben seguir con el objeto de verificar la racionalidad de los enunciados; sin embargo, ese procedimiento, antes que aplicable a la justificación de las decisiones judiciales, se centra en la justificación de los procesos de justificación, razón por la cual se le ha denominado teoría “procedimental de la argumentación jurídica”; en ese sentido, a pesar de la inmensa relevancia de las reglas contenidas en su planteamiento, el hecho de no ofrecer una estructura argumentativa sobre la cual se pueda desarrollar el análisis de una decisión judicial, impide usarla en su totalidad; sin embargo, es pertinente señalar desde ahora que aspectos tan importantes planteados por Alexy como la justificación interna con sus reglas de las formas simples y generales y la justificación externa con las reglas de la carga de argumentación serán observadas en el análisis de decisiones judiciales mediante las que se admiten pruebas ilícitas.
- Aunque solo 2 autores plantean estructuras o modelos argumentativos, casi la totalidad concuerdan en señalar que los enunciados, premisas, tesis o conclusiones deben tener tanto justificación interna como externa; motivo por el cual, como fue ya advertido, estas serán usadas para el análisis de las decisiones judiciales.
- La estructura argumentativa planteada por Manuel Atienza reviste bastante complejidad al momento de ser empleada, no solo respecto de análisis de providencias judiciales o cualquier tipo de

discurso jurídico, sino también aplicada a cualquier tipo de argumentación, motivo por el cual no será usada para el análisis de las providencias.

- En términos generales se optará por usar la estructura argumentativa esbozada por Stephen Toulmin, ya que por su simplicidad, aunque no menos completa, contundente y apropiada a los fines pretendidos, permite observar los elementos claves en la justificación de una decisión judicial, mediante la división y clasificación de las premisas.

De conformidad con lo arriba señalado, la estructura argumentativa que se va a utilizar en el análisis de las sentencias será una mezcla entre el esquema de Toulmin (columna vertebral de la misma), el esbozo doctrinalmente aceptado⁴⁴⁹ de justificación interna y externa y las reglas que para cada una ha previsto Robert Alexy en su teoría (reglas de las formas simples y generales y las reglas de la carga de argumentación); la estructura tendría la siguiente forma:



1. Estructura argumentativa interna (justificación interna):

Forma simple:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

⁴⁴⁹ Así Toulmin, divide los argumentos en formales y no formales, en los formales, lo que importa es la estructura interna; por su parte, MacCormick define ciertos niveles de justificación de las decisiones judiciales; en un primer nivel, la decisión se defiende bajo lo que él denomina “justificación deductiva”.

⁴⁵⁰ Que contiene los siguientes elementos: pretensión (afirmación o conclusión), razones (datos), garantía (W) y respaldo (B) y los cualificadores modales (Q).

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Forma general:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un Z, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

2. Estructura argumentativa externa (justificación externa):

Reglas de la carga de argumentación:

(3.1.) Quien pretende tratar a una persona X de modo distinto de una persona Z, está obligado a fundamentarlo.

(3.2.) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4.) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

3.1. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EN LA DECISIÓN SOBRE PRUEBA ILÍCITA

Las estructuras argumentativas que se deben usar en la decisión sobre la admisión de pruebas ilícitas no distan para nada de las estructuras argumentativas generales y de las jurídicas ordinarias; en otros términos, no existe motivo alguno para considerar que respecto de otro tipo de decisiones, la admisión de la prueba ilícita requiera modelos argumentativos con características diferentes; esta posición es de recibo si se toma como referencia el paralelismo evidente que existe entre esta situación y la que se presenta entre argumentos

generales, discurso práctico general y estructuras argumentativas generales frente a argumentos jurídicos, discurso jurídico y estructuras argumentativas jurídicas, porque, de una parte, Robert Alexy, confecciona su teoría de argumentación jurídica partiendo de una teoría del discurso práctico racional general, y, de otro lado, Stephen Toulmin presenta dos aspectos que se pueden observar, uno de ellos es su estructura argumentativa, que de ningún modo se ciñe exclusivamente a espectros jurídicos, por el contrario, su planteamiento es aplicable a todos los ámbitos, tal y como se verifica con el uso continuo y habitual que de él se realiza en ensayos pertenecientes a espacios diferentes del jurídico; y, en segunda instancia, la consideración (en la que coincide con Alexy) según la cual a partir de las reglas generales de la argumentación y del discurso, devienen las particulares jurídicas.

Toda vez que tanto la estructura argumentativa de Toulmin, como las reglas de la justificación externa de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy son aplicadas por parte del investigador al análisis de las decisiones mediante las que se admiten pruebas ilícitas, no puede menos que aceptarse el planteamiento básico referido anteriormente (discurso jurídico que parte del práctico general) de los aspectos usados (estructura argumentativa de Toulmin y reglas de Alexy); sin embargo, es de advertir que el discurso jurídico contiene elementos diferentes y adicionales al discurso práctico general, motivo por el cual no es suficiente acudir al argumento del paralelismo anotado con la finalidad de concluir que las estructuras argumentativas de las decisiones sobre la admisión de pruebas ilícitas son las mismas que las que se usan en decisiones jurisdiccionales sobre otros temas; en ese sentido, es pertinente señalar que en las providencias estudiadas, proferidas por tribunales de cierre de Colombia y de España no se percibieron estructuras argumentativas especiales que contuvieran elementos adicionales o diferentes de las estructuras usadas en otro tipo de decisiones.

De otro lado, quizá la única discusión en torno a la forma de argumentar en las decisiones mediante las que se admiten pruebas ilícitas, y que desde ahora se debe señalar que no es exclusiva de este tipo de resolución, es aquella sobre si se debe argumentar lo que es evidente; al respecto debe establecerse, en primera instancia, que el término evidente por ser de textura abierta, puede eventualmente no gozar de consenso por parte de los participantes (sujetos procesales a efectos de lo que se estudia) en casos concretos, y en segunda instancia; que una vez consensuado lo que resulta evidente, ello no debe ser argumentado en concepto del investigador, toda vez que, de un lado, Robert Alexy asevera que la justificación interna es aquella que procede cuando no existe cuestionamiento de la adecuación de los hechos a la norma universal⁴⁵¹, y por otro, MacCormick establece que en el primer nivel de justificación de las decisiones judiciales basta con adecuar los hechos a la norma, denominando a esta defensa de decisión, justificación deductiva.

De conformidad con lo arriba señalado:

1. Las estructuras argumentativas jurídicas se encuentran diseñadas para justificar afirmaciones, en lo que atañe a las decisiones judiciales, mediante el método deductivo.
2. Desde la doctrina, la estructura argumentativa jurídica por excelencia es aquella que frente a la decisión judicial (por lo menos en lo que respecta a esta investigación) tiene dos ámbitos, cuales son, la justificación interna y la justificación externa.
3. Stephen Toulmin formuló un esquema argumentativo que no solo es aplicable o está circunscrito al espectro jurídico, sino que por el contrario, es aplicable a un sinnúmero de espacios

⁴⁵¹ Siendo insuficiente esta forma en los casos difíciles que se presentan cuando: (1) la norma se puede interpretar de diferentes maneras, (2) la norma es ambigua, (3) la norma es vaga, (4) la expresión usada en la norma es de textura abierta (contiene expresiones como: justo o imparcial) y que deben ser adecuados de conformidad con cada caso.

en los que se desarrolla la argumentación cotidiana (lógica operativa) y este esquema contempla ciertos elementos, a saber: pretensión (afirmación o conclusión), razones (datos), garantía y respaldo y cualificadores modales.

4. Manuel Atienza también confecciona un esquema argumentativo que se antoja muy complejo para su utilización en el análisis de las decisiones judiciales, lo que sin embargo, no desmerece su importancia y completitud.
5. Mediante la justificación interna (argumentos formales en Toulmin) se satisfacen reglas eminentemente de tipo lógico, y es solo utilizable en las decisiones judiciales, en aquellos eventos en los que no existe cuestionamiento respecto de la adecuación de los hechos a la norma.
6. La justificación externa, por su parte, es un juicio de racionalidad en el que se fundamentan las premisas usadas en la justificación interna.
7. Alexy plantea una serie de formas y reglas mediante las cuales se desarrolla la justificación externa, ellas son: de interpretación (semántica, genética, teleológica), de la argumentación dogmática, del uso de los precedentes, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y de las formas especiales de argumentos jurídicos (argumento e contrario, argumento ad absurdum, argumento analógico).
8. Neil MacCormick considera que para justificar un caso difícil se debe acudir a una justificación de segundo nivel, en el cual es necesario satisfacer el principio de universalidad (norma positiva por ejemplo), en primera instancia, y con posterioridad, establecer que la decisión tenga sentido con relación al sistema (coherencia y consistencia) y con el mundo (consecuencialista).

9. Existen una gran cantidad de tipos de argumentos como el analógico, el sistemático, a coherencia, sedes materiae, a rúbrica, a fortiori, a contrario, psicológico, de la no redundancia, apagógico o ad absurdum, pragmático, de autoridad, histórico, teleológico y a partir de los principios que pueden y de hecho son usados en las decisiones judiciales (fundamentación racional de la decisión) y que pueden ser identificados en un esquema o una estructura argumentativa.
10. La estructura argumentativa que se va a utilizar en el análisis de las sentencias será una mezcla entre el esquema de Toulmin, el modelo de justificación interna y externa y las reglas que para cada una ha previsto Robert Alexy en su teoría (reglas de las formas simples y generales y las reglas de la carga de argumentación).
11. Las estructuras argumentativas que se deben usar en la decisión sobre la admisión de pruebas ilícitas no son diferentes a las estructuras argumentativas jurídicas ordinarias.
12. No se debe argumentar lo que es evidente

CAPÍTULO 4

ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS UTILIZADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

COLOMBIANA EN LAS SENTENCIAS PROFERIDAS DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004, PARA DECIDIR SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

En el presente capítulo se reflejarán los resultados obtenidos en desarrollo del objetivo específico 3 del proyecto de investigación, relacionando las providencias halladas en los tribunales de cierre de la jurisdicción ordinaria y constitucional de Colombia en el período determinado; resulta es pertinente adelantar que solo se encontró una sentencia mediante la cual se admitió una prueba ilícita por parte de la Corte Suprema de Justicia, esto con base en una de las causales establecidas en el artículo 455 de la ley 906 de 2004⁴⁵². De otro lado, en la Corte Constitucional no se halló ninguna providencia en virtud de la cual se admitiera alguna prueba ilícita.

Se debe también puntualizar, de otra parte, que en varias sentencias halladas en ambas corporaciones no se encontraron más que referencias aisladas y notas al pie relacionadas con la prueba ilícita, sin que en los fallos se desarrolle el tema objeto de investigación. Es válido del mismo modo aclarar que no se confeccionó un diseño muestral específico, debido a la escasa cantidad de providencias encontradas, lo que permitió abordar la mayoría de ellas, sin necesidad de acudir a este aspecto metodológico.

En ese orden de ideas, el análisis de las sentencias para el desarrollo del objetivo propuesto, se desarrollará revisando los argumentos consignados en las consideraciones de las cortes de cierre y que finalmente sustentan la ratio decidendi de la decisión; a esta estructura argumentativa, es decir, la ratio de la resolución, se le denominará justificación externa de conformidad con lo señalado

⁴⁵² A saber: fuente independiente.

No obstante, también se analizará la justificación interna, con base en lo esbozado por Robert Alexy⁴⁵⁵ y se expondrán los tipos de argumentos usados por el Tribunal. Por último se determinará la excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita usada por el juez colegiado.

Es también importante señalar que dentro de las estructuras que se graficarán se usarán las siguientes convenciones:

- (C) Pretensión o claim
- (G) Datos o razones (grounds)
- (W) Garantía o warrant
- (B) Respaldo o backing
- (Q) Cualificadores modales o qualifiers
- (A) Argumento
- (A-) Contraargumento
- (EA) Estructura Argumentativa.

Cada uno de estos podrá venir acompañado de un número a su derecha, con lo que se querrá diferenciar cada uno de los elementos pertenecientes a determinada estructura argumentativa.

La indagación de las resoluciones judiciales se realizó mediante los motores de búsqueda y las relatorías de las páginas de internet de la Corte Constitucional⁴⁵⁶, la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁷ y de lexbase⁴⁵⁸, siendo los resultados tal y como siguen:

4.1. BÚSQUEDA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL

⁴⁵⁵ Véase el numeral 3 del capítulo 2 del marco teórico del proyecto de investigación.

⁴⁵⁶ www.corteconstitucional.gov.co, consultada entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

⁴⁵⁷ www.cortesuprema.gov.co, consultada entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

⁴⁵⁸ www.lexbase.com, consultada entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

1. Página de la Corte Suprema de Justicia

A través del link “consulta jurisprudencial” y en éste, en el apartado de sistema penal acusatorio⁴⁵⁹, se encontraron agrupadas las sentencias del siguiente modo:

a. Exclusión de la prueba: alcance:

- Casación 28069 (06/09/2007).
- Casación 28822 (05/12/2007).
- Casación 28888 (13/02/2008).
- Casación 31073 (01/07/2009)

b. Exclusión de la prueba: Concepto de fuente independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable como excepciones:

- Casación 23284 (05/10/2006).

c. Exclusión de la prueba: Deberes del juez:

- Casación 31073 (01/07/2009).

d. Exclusión de la prueba: La prueba excluida no puede ser tenida ni siquiera como de referencia:

- Casación 31073 (01/07/2009).

⁴⁵⁹<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Consulta/Jurismateria/Sistema%20Penal%20Acusatorio/INDICE%20SISTEMA%20PENAL%20ACUSATORIO.pdf>, consultada el 28 de mayo de 2011 a las 3:12 p.m.

e. Exclusión de la prueba: Prueba ilícita o ilegal:

- Casación 29416 (23/04/2008).
- Casación 30612 (03/02/2010).
- Casación 33621 (16/03/2010).

f. Prueba ilícita: Cláusula de exclusión:

- Casación 31127 (20/05/2009).
- Segunda Instancia 31900 (24/08/2009).
- Casación 31500 (14/09/2009).
- Casación 33621 (16/03/2010).

g. Prueba ilícita: Nulidad de la actuación procesal: Cuando la prueba se logra mediante tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada:

- Casación 33621 (16/03/2010).

h. Prueba ilícita: Eventos en que se presenta:

- Casación 31500 (14/09/2009).

En total se hallaron con esta metodología una cantidad de 12 sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia. De otro lado, en el buscador de sentencias de la misma corporación, bajo los criterios: “prueba ilícita”, “fuente independiente”, “descubrimiento inevitable”, “vínculo atenuado”, “excepciones a la cláusula de exclusión” y “cláusula de exclusión” se encontraron sentencias no encontradas bajo la metodología recién anotada, así:

- Expediente 26310 (16/05/2007).
- Expediente 29476 (22/05/2008).
- Expediente 31531 (08/07/2009).
- Expediente 33901 (21/09/2010).
- Expediente 33570 (08/09/2010).
- Expediente 34418 (04/11/2010).
- Expediente 32422 (10/03/2010).
- Expediente 32829 (17/03/2010).
- Expediente 34894 (17/11/2010).

Sin embargo, es dable desde ahora resaltar que cada una de ellas solo contenía notas al pie de página o referencias mínimas a cada uno de los criterios, no siendo el tema de debate en ninguna la exclusión o admisión de una prueba ilícita.

2. Página Lexbase - Corte Suprema de Justicia- sala penal

En la base de datos especializada en derecho se buscaron las providencias bajo los criterios de: “prueba ilícita”, “fuente independiente”, “descubrimiento inevitable”, “vínculo atenuado”, “excepciones a la cláusula de exclusión” y “cláusula de exclusión”, registrando los siguientes resultados:

a. Criterio: prueba ilícita

Se hallaron 142 sentencias bajo esta pauta, casi en su totalidad proferidas después de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 con excepción de ocho de ellas⁴⁶⁰; de la totalidad de la población estudiada solo se relacionan las que en

⁴⁶⁰ - Sentencia 8362 (16/11/1994).
- Sentencia 17393 (27/09/2002).
- Sentencia 15498 (19/12/2001).
- Sentencia 9591 (20/05/1997).
- Sentencia 13810 (23/07/2001).

concepto del investigador, contienen elementos someramente interesantes, con ello se quiere significar que, en líneas generales, son sentencias que sostienen relación directa con la prueba ilícita o que simplemente tienen referencias aisladas a modo de obiter dictum o de relación de casos análogos, aunque en la mayoría de los casos, las providencias que se anotan solo contienen elementos a nivel conceptual:

2004	2005	2006	2007
-18451 (08/07)	-18103 (02/03) -17503 (27/04) -21483 (06/04)	-24293 (07/03) -24268 (30/11) -23284 (05/10) -23327 (09/11) -21529 (07/09) -25307 (22/06)	-26481 (30/05) -26842 (18/04) -24252 (13/06) -27774 (26/09) -10/07/08, MP. Yesid Ramírez
2008	2009	2010	2011
-29416 (23/04) -28601 (02/12) -29873 (10/07) -29853 (29/08) -23487 (14/07) -28371 (31/03) -29520 (09/06) -25917 (12/08)	-31073 (01/07) -30838 (31/07) -32193 (21/10) -27594 (15/07) -30711 (27/05) -31127 (20/05) -28937 (11/11)	-33621 (10/03)	-32299 (09/02)

b. Criterio: Fuente independiente

-
- Sentencia 14684 (27/04/1999).
 - Sentencia 18398 (16/10/2002).
 - Sentencia de 27/08/1998.

Se encontraron 18 sentencias bajo esta pauta, todas ellas proferidas después de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004. De la totalidad de la población estudiada solo se relacionan las que en concepto del investigador, contienen elementos someramente interesantes, aunque en la mayoría de los casos, solo a nivel conceptual:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-N/A	-23284 (05/10)	-N/A
2008	2009	2010	2011
-29853 (29/08)	-30711 (27/05) -31127 (20/05)	-31510 (07/05)	-N/A

c. Criterio: descubrimiento inevitable

Se encontraron 19 sentencias bajo esta pauta, todas ellas proferidas después de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004. De la totalidad de la población estudiada solo se relacionan las que en concepto del investigador, contienen elementos interesantes:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-N/A	-23284 (05/10)	-N/A
2008	2009	2010	2011
-29853 (29/08) -30261 (14/08) -25917 (12/08)	-30711 (27/05) -31127 (20/05) -31183 (14/04) -31900 (24/08)	-N/A	-N/A

--	--	--	--

d. Criterio: vínculo atenuado

Se encontraron 9 sentencias así:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-N/A	-23284 (05/10)	-24252 (13/06)
2008	2009	2010	2011
-29853 (29/08)	-30711 (27/05)	-31510 (31/10)	-N/A
-29822 (02/12)	-31127 (20/05)		
-25917 (12/08)	-31900 (24/08)		

e. Criterio: excepciones a la cláusula de exclusión

No se encontró ninguna coincidencia con el criterio usado.

f. Criterio: cláusula de exclusión

Se encontraron 81 providencias que respondieron al criterio establecido, de éstas, se relacionan las que en concepto del investigador, contienen elementos interesantes, con ello se quiere significar que, en líneas generales, no son sentencias que carecen absolutamente de relación alguna con la prueba ilícita o que simplemente tienen referencias aisladas a modo de obiter dictum o de relación de casos análogos, aunque en la mayoría de los casos, las providencias que se anotan solo contienen elementos a nivel conceptual:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-18103 (02/03)	-26265 (02/11) -24268 (30/11) -23284 (05/10) -23327 (09/11)	-26481 (30/05) -26842 (18/04) -22887 (26/09)
2008	2009	2010	2011
-29416 (23/04) -28611 (23/01) -29873 (10/07)	-31073 (01/07) -30711 (27/05) -31127 (20/05)	-34312 (15/09)	

3. Análisis de las sentencias halladas

De la totalidad de las sentencias halladas en las páginas de internet consultadas y bajo los criterios descritos, se obtuvo una cantidad definitiva de cincuenta y seis (56) sentencias a analizar, de ellas, solo la sentencia proferida en el expediente 30711 de 27 de mayo de 2009 permite la admisión de una prueba ilícita, resolución amparada en una de las excepciones a la regla de exclusión.

Aunque en principio solo se debería hacer referencia a las sentencias mediante las cuales se admiten pruebas ilícitas, la ausencia casi absoluta de estas, de una parte, y de otra, la intención de ir más allá de ello, ha permitido realizar una clasificación pormenorizada del tipo de fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia.

A efectos de comprender los resultados obtenidos, es pertinente apuntar que existen numerosos fallos en los que se hace alusión a la prueba ilícita y a la causal con base en la cual el recurrente fundó su pretensión de casación o infirmación de

decisión, no obstante, la Corte Suprema se abstiene de decidir sobre la materia de fondo, toda vez que centra su discurso sobre las faltas en la técnica de casación usada o en la incorrecta invocación de la o las causales propuestas, hecho de conformidad con el que se obtiene una lectura clara de los motivos por los cuales la decisión más frecuentada es la de la inadmisión del recurso. En el mismo sentido la Corte hace hincapié en la confusión por parte de los recurrentes entre las irregularidades procesales con la ilicitud de la prueba o los elementos ilícitos evidenciados en el transcurso del proceso con las causales de nulidad procesal, confusión que desemboca en una mala confección del recurso. Realizadas estas precisiones, se reflejan los tipos de decisiones adoptados por la Corte Suprema de Justicia:

- Casa porque considera que la prueba es ilícita:

-Expediente 33621 (10/03/2010):

En este proceso, los fallos impugnados, “en ambas instancias, se sostuvo en prueba lícita e ilícita derivada de tortura”⁴⁶¹, de modo tal que, de conformidad con lo sostenido por la Corte Constitucional, la ratio decidendi del proceso es: “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”⁴⁶²

- Inadmite el recurso (extraordinario de casación o de apelación) (I):

Si bien es cierto, los cargos elevados ante la Corte Suprema de Justicia con el objeto de que el fallo sea casado, por parte de los quejosos, incluyen en la

⁴⁶¹ Expediente 33621 (10/03/2010), Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D.C

⁴⁶² Sentencia C-591 de 2005, Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

mayoría de casos consideraciones que apuntan a la existencia de una o varias pruebas ilícitas admitidas irregularmente en el proceso, estas consideraciones no son revisadas generalmente, ya que la Corte centra su discurso en la ausencia de técnica en la confección del recurso, hecho que impide el análisis de la cuestión de fondo, a lo que, las más de las veces, aún y puntualiza que no observa violación de los derechos o garantías de los recurrentes como para ejercer la facultad de oficiosidad.

-24293 (07/03/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

La demanda adolece de los requisitos propios de la impugnación extraordinaria, al equivocarse la recurrente en la selección de las causales y postular los cargos con desconocimiento de la naturaleza de cada modalidad de los errores de hecho propuestos como de los motivos constitutivos de las nulidades, cuando no de omitir frente a varios cargos su sustentación en capítulos separados (.....) La Sala como no puede subsanar, enmendar o corregir los defectos anotados a la demanda en virtud de la naturaleza rogada de la casación la inadmitirá⁴⁶³.

-25307 (22/06/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

Ab initio impera precisar que el recurso de casación, en cuanto juicio técnico – jurídico de constitucionalidad y legalidad del fallo, cuenta con una serie de reglas técnicas señaladas por el legislador y desarrolladas por la jurisprudencia a fin de que no se convierta en una *tercera instancia*, las cuales no pasan de ser un conjunto de postulados orientados a conseguir que el demandante se sujete a unos mínimos lógicos y de coherencia en la postulación y desarrollo de sus reparos, de suerte que resulten inteligibles en cuanto precisos y claros, dado que no corresponde a la Sala en su función constitucional y legal develar o desentrañar el sentido de confusas, ambivalentes o contradictorias alegaciones de los recurrentes en casación. (.....) Evidente resulta, entonces, que el censor se desentiende de las reglas técnicas de postulación y desarrollo del reproche, circunstancia que no deja a la Sala camino diferente a seguir que el de la inadmisión del cargo⁴⁶⁴.

-26481 (30/05/2007):

⁴⁶³ Proceso No 24293, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Aprobado Acta No 20, Bogotá, siete (7) de marzo de dos mil seis (2006).

⁴⁶⁴ Proceso No 25307 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. M.P.: Marina Pulido de Barón, Aprobado Acta No. 059. Bogotá D.C. junio veintidós (22) de dos mil seis (2006).

Ratio decidendi de la decisión:

Ya suficientemente se conoce la posición de la Sala, en punto del rigor demandado consignar en la demanda de casación, pues, no se trata de recrear una especie de tercera instancia que sirva de escenario adecuado a la controversia ya superada de las instancias, en la cual se pretende anteponer el particular criterio o valoración probatoria, a aquel que sirvió de soporte a la decisión de los jueces A quo y ad quem, entre otras razones, porque a esta sede arriba la decisión judicial con una doble connotación de acierto y legalidad (...) el censor nunca estructuró de manera lógica una posible incursión en el terreno de la prueba ilícita o siquiera la ilegal, deviniendo su argumentación, como ya se dijo, en un simple alegato de instancia que pretendió evadir la carga de sustentación lógico jurídica propia de los errores de hecho o de derecho, a través del expediente de verificar materializado un supuesto vicio de trámite⁴⁶⁵.

-26842 (18/04/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

La impugnación que por la vía extraordinaria del recurso de casación ha presentado la defensa en este caso, queda claro que no consulta los parámetros técnicos mínimos que la harían formalmente válida para su admisión motivo por el cual se impone desestimarla, según autoriza el artículo 212 de la Ley 600 de 2000⁴⁶⁶.

-26265 (02/11/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

No obstante haber identificado el casacionista a los sujetos procesales y la sentencia demandada, sintetizar los hechos materia de juzgamiento y la actuación procesal y enunciar el motivo en que sustenta el reparo, es evidente que al exponer los fundamentos de éste resulta manifiesto su desconocimiento acerca de la causal que le correspondía invocar así como de los requerimientos técnicos que le era imperativo observar, dados el principio de limitación y el carácter rogado que identifican a la extraordinaria impugnación⁴⁶⁷.

-23487 (14/07/2008):

⁴⁶⁵ Proceso No 26481, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 83, Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007).

⁴⁶⁶ Proceso No 26842, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N° 053 Bogotá, D.C. dieciocho (18) de abril de dos mil siete (2007).

⁴⁶⁷ Proceso No 26265, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, aprobado Acta No. 125 Bogotá, D.C. dos (02) de noviembre de dos mil seis (2.006).

Ratio decidendi de la decisión:

La Sala, de tiempo atrás, ha insistido en que la casación es un recurso de ámbito restringido en el que la pretensión de examinar la legalidad del fallo no puede estar incluida en un escrito de libre formulación, porque ha de tener unos contenidos de claridad y coherencia que permitan entender el vicio que se denuncia, así como la identificación de sus consecuencias. En el presente asunto, se dejó de cumplir con los más elementales requisitos que en materia de lógica y debida argumentación le son exigibles para efectos de la admisión de la demanda⁴⁶⁸.

-27774 (26/09/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

La demanda, en síntesis, no reúne las exigencias formales del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, bien porque los cargos formulados no guardan armonía con la causal seleccionada, ya porque no reúnen las exigencias de precisión y claridad requeridas para su admisión⁴⁶⁹.

-28601 (02/12/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Resultan palmarios los errores de lógica y debida fundamentación en que incurre la demanda, pues a pesar de que insinúa que los ataques propuestos se enfocan por la vía indirecta contenida en la causal primera de casación, lo cierto es que en su desarrollo pierde el norte indicado y confunde indebidamente censuras propias de otros cauces o con franca contradicción con el camino señalado⁴⁷⁰.

-28616 (23/01/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Demarcada la pretensión del demandante por el carácter teleológico de la casación, debe acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento, así como demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comentario.

⁴⁶⁸ Proceso No. 23487, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.189 Bogotá, D. C. catorce (14) de julio de dos mil ocho (2008).

⁴⁶⁹ Proceso No 27774, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauro Sorlate Portilla, Aprobado Acta No: 181 Bogotá, D. C. veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007).

⁴⁷⁰ Proceso No. 28601, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz Aprobado Acta No: 348 Bogotá, D. C. dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

En el mismo orden, el control constitucional y legal de la sentencia de segundo grado le imprime al recurso su carácter de extraordinario, de ahí que no escapen a él los requerimientos metodológicos necesarios basados en la razón y la lógica con la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del reparo⁴⁷¹.

-28937 (11/11/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

tampoco le demostró de manera implícita a la Corte la necesidad de realizar un pronunciamiento para proteger las únicas dos garantías que a lo largo del texto invocó: el debido proceso de la prueba y la presunción de inocencia. El demandante tampoco cumplió con los requisitos para acceder a la casación común, pues sus reproches, además de incoherentes, riñen con la lógica y el sentido común⁴⁷².

-29416 (23/04/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

el casacionista no se ocupó de objetivar ni demostrar los extremos de ilicitud o ilegalidad incidentes sobre el “señalamiento o reconocimiento” que minutos después de los acontecimientos y posteriormente en la audiencia hiciera la ofendida Diana Catalina Ramírez en orden a la individualización de los autores de los injustos⁴⁷³.

-29873 (10/07/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Si bien es cierto el recurso extraordinario de casación entendido como control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segundo grado se halla des-formalizado en cuanto a las exigencias rigurosas de debida técnica que en el pasado inmediato se demandaban, a las que en el presente no se les debe otorgar tanta preponderancia pues ello implicaría contrariar el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, postulado que incluso se debe hacer extensivo para las impugnaciones efectuadas contra sentencias de segundo grado proferidas en vigencia de la Ley 600 de 2000, también es cierto que no se constituye en una tercera instancia alterna para extender los debates dados en las

⁴⁷¹ Proceso No 28616, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.07. Bogotá D.C. veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

⁴⁷² Proceso No 28937, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No. 353 Bogotá, D. C. once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009).

⁴⁷³ Proceso No 29416, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta No 98 Bogotá, D. C. abril 23 de dos mil ocho (2008).

instancias sobre unos presuntos errores de derecho por falsos juicios de legalidad referidos a la apreciación de unos testimonios, aspectos que de manera difusa se formularon en la demanda sin que se hubiese demostrado, ni se advierta ninguna violación indirecta de la ley sustancial de manera evidente, ni trascendencia alguna como para superar los defectos de la misma en orden a proferir un fallo sustitutivo de absolución a favor de la procesada⁴⁷⁴.

-29520 (09/06/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Entonces, en estricto sentido, cuando la misma casacionista admite que la prueba sí fue considerada por el Ad quem, cualquier crítica que se haga a lo decidido ingresa en el campo del error de hecho por falso raciocinio, el cual demanda también de precisa fundamentación, completamente ausente en el precario cargo edificado por la demandante, cuya falta de desarrollo impide de esta Corporación conocer cuál es el motivo del disenso y cómo incide en la condena que se controvierte⁴⁷⁵.

-31127 (20/05/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

Las anteriores precisiones conceptuales le permiten a la Corte advertir, que si bien le asiste interés al censor para impugnar la sentencia de segundo grado, el desarrollo de las dos censuras formuladas resulta desafortunado con los argumentos lógicos, de debida argumentación y demostración que se deben observar⁴⁷⁶.

-31183 (14/04/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

la queja del censor no pone en evidencia la vulneración de garantía fundamental alguna⁴⁷⁷.

-32193 (21/10/2009):

⁴⁷⁴ Proceso No. 29873, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobada Acta N°185 Bogotá, D. C. julio diez (10) de dos mil ocho (2008).

⁴⁷⁵ Proceso No 29520, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 151 Bogotá, D.C. nueve de junio de dos mil ocho.

⁴⁷⁶ Proceso No 31127, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.144 Bogotá D.C. veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009).

⁴⁷⁷ Proceso No 31183, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 110. Bogotá, D.C. catorce (14) de abril de dos mil nueve (2009).

Ratio decidendi de la decisión:

En esta sede extraordinaria a efecto de la prosperidad de los cargos antes que exigencias formales de debida técnica lo que se demandan son requerimientos lógico-jurídicos contundentes en la finalidad de demostrar con efectiva trascendencia sustancial que la declaración de justicia objeto de impugnación, la cual llega a esta sede extraordinaria amparada por el principio de la doble unidad jurídica de decisión, se fundó en errores de hecho o de derecho manifiestos o se profirió al interior de un juicio viciado por irregularidades sustanciales que afectaron la estructura o la garantía del debido proceso o del derecho de defensa, falencias claramente diferenciadas en sus alcances que reclaman el correspondiente control legal o constitucional y los necesarios correctivos.

No obstante, en la formulación de los cargos y en la petición final del libelo acusó que el Tribunal aplicó de manera indebida los artículos 240.4 y 241.10 de la ley 599 de 2000 y dejó de instrumentar a favor del aquí procesado el artículo 7º de la ley 906 de 2004, esto es, el *in dubio pro reo*, de lo cual se puede inferir de manera tácita que la impugnación se presentó en búsqueda de la efectividad del derecho material y de la protección de la presunción de inocencia, censura sobre la que debe decirse desde ahora se inadmitirá pues lo así censurado y ocurrido no constituye ningún vicio sustancial⁴⁷⁸.

-32299 (09/02/2011):

Ratio decidendi de la decisión:

Por tanto, cuando en la demanda de casación se omiten las exigencias relacionadas con una adecuada formulación del cargo y se deja de señalar con claridad y precisión debida sus fundamentos o cuando lo acusado se queda en el plano de lo enunciativo como aquí ha ocurrido sin demostración ni trascendencias reales a fines de la infirmación o de la mutación total o parcial de lo resuelto en la segunda instancia, la consecuencia procesal inmediata no puede ser otra que su inadmisión según así lo estatuye el artículo 213 de la Ley 600 de 2000⁴⁷⁹.

-34312 (15/09/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

el libelista lo propuso al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho

⁴⁷⁸ Proceso No 32193, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 331 Bogotá, D. C. octubre veintiuno (21) de dos mil nueve (2009).

⁴⁷⁹ Proceso No 32299, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta N°036 Bogotá, D. C. febrero nueve (9) de dos mil once (2011).

derivado de falso juicio de legalidad, omitió señalar el precepto o preceptos sustanciales que resultaron afectados⁴⁸⁰.

-28069 (06/09/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

En los tres cargos formulados omitió señalar cuáles eran las finalidades del recurso (art. 180 cpp de 2004)⁴⁸¹.

-28822 (05/12/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

El demandante en la presentación del cargo no se ciñó a las exigencias de estructura lógica y adecuada argumentación, ineludibles para su admisión en sede extraordinaria de casación, toda vez que no expone ningún fundamento que imponga el deber de abordar el estudio de fondo de los reparos que plantea, con el fin de cumplir alguno de los fines señalados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004⁴⁸².

-28888 (13/02/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

El demandante incumplió en la formulación de los cargos los principios de sustentación suficiente, crítica vinculante, coherencia y no contradicción, los cuales encuentran arraigo en el carácter dispositivo del recurso e implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo, sin que la Corte pueda entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias, y que sus desarrollos críticos deben estar fundados en las causales taxativamente previstas en la ley, sometidos a precisos requisitos de forma y contenido según la causal invocada, manteniendo una identidad temática, y ajustados a las exigencias básicas de lógica general y lógica jurídica⁴⁸³.

-31500 (14/09/2009):

⁴⁸⁰ Proceso No 34312, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza, Acta No. 41 Rad. No. 34312 Bogotá, D.C. doce (12) de noviembre de dos mil nueve (2009).

⁴⁸¹ Proceso No 28069, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 162. Bogotá, D. C. septiembre seis (6) de dos mil siete (2007).

⁴⁸² Proceso No 28822, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: María Del Rosario González De Lemos, Aprobado Acta No. 245 Bogotá D.C. diciembre cinco (5) de dos mil siete (2007).

⁴⁸³ Proceso No 28888, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.28 Bogotá, D. C. trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

Ratio decidendi de la decisión:

las ilicitudes o ilegalidades probatorias no pueden surgir ni desprenderse licitudes ni legalidades probáticas, eventos todos anteriormente citados entre los que no se encuentra para nada lo denunciado en éste cargo⁴⁸⁴.

-33570 (08/09/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

El cargo primero mediante el cual se acusó que los fallos de instancia están viciados por incongruencia toda vez que en el escrito de acusación no se mencionó el peso neto de las sustancias incautadas, y el cargo segundo mediante el cual pretende se absuelva al procesado y se aplique a su favor el *in dubio pro reo* no tienen ninguna vocación de éxito, como quiera que tratándose de sentencias que hubiesen terminado de forma anticipada, como consecuencia de un allanamiento a cargos, preacuerdos o negociaciones no es dable efectuar impugnaciones casacionales, pues para el caso carece de interés jurídico para recurrir⁴⁸⁵.

-34894 (17/11/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

Por tanto, cuando se demanda una sentencia por violación directa de la ley sustancial, como el propio concepto lo denota, la censura deberá centrarse en razones de derecho, por errores de los jueces dados en la sentencia en los sentidos de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, modalidades en las que no tienen cabida la discusión de los hechos, ni controversia alguna sobre los medios de convicción en la forma como fueron producidos o valorados por el juzgador, falencias para las cuales el legislador ha dispuesto el sendero de la violación indirecta por errores de hecho o de derecho⁴⁸⁶.

-22887 (26/09/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

encuentra la Sala que el demandante incurre en graves deficiencias en lo que tiene que ver con los fundamentos lógicos y de debida argumentación que se deben observar cuando de atacar la legalidad del fallo de segundo grado se trata.

⁴⁸⁴ Proceso No 31500, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N°287 Bogotá, D. C. septiembre catorce (14) de dos mil nueve (2009).

⁴⁸⁵ Proceso n.º 33570, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas Aprobado Acta N° 286 Bogotá, D. C. septiembre ocho (8) de dos mil diez (2010).

⁴⁸⁶ Proceso n° 34894, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°371 Bogotá, D. C. noviembre diecisiete (17) de dos mil diez (2010).

advierte la Sala que el casacionista no conforma debidamente la proposición jurídica con las normas penales que hayan resultado excluidas o indebidamente aplicadas infringidas ante el yerro de apreciación probatoria que presenta, pues simplemente cita los artículos 28 de la Constitución Política, 3° y 294 del Código de Procedimiento Penal y 7° del Código Penal, sin alguna ilación, aspecto que se constituía de imperativo acatamiento como referente y determinante en una adecuada demostración del vicio de juicio que formula⁴⁸⁷.

-28371 (31/03/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Por tanto, cuando en el libelo impugnatorio se desatienden los requisitos señalados en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, y fundamentalmente cuando se soslaya aquella exigencia relacionada con la adecuada formulación del cargo y se omite señalar con la claridad y precisión sus fundamentos, o se incurre en contradicciones cuando de formular cargos excluyentes se trata, la consecuencia procesal inmediata no puede ser otra que su inadmisión según así lo impera el artículo 213 *ibidem*⁴⁸⁸.

-29822 (02/12/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

En síntesis, la demanda presentada por el defensor de José David Valencia Castañeda no cumple las exigencias mínimas requeridas para su selección por la vía discrecional, ni tampoco para su estudio por la vía ordinaria⁴⁸⁹.

-29476 (22/05/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

No puede la Sala superar las deficiencias ni corregir las imprecisiones de la demanda, luego se ve avocada a inadmitirla de conformidad con lo dispuesto por el artículo 184, inciso 2°, de la ley 906 de 2004 y, además, porque no encuentra afectación de derechos o garantías fundamentales para el caso de la legalidad de la pena ni de otro tenor que justifiquen salvar tales obstáculos, según autorización del inciso 3° de la misma normativa, en concordancia con el artículo 180 *ibidem*.

-24268 (30/11/2006) *Decide recurso extraordinario de revisión:*

Ratio decidendi de la decisión:

⁴⁸⁷ Proceso n° 22887, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°181 Bogotá, D. C. septiembre veintiséis (26) de dos mil siete (2007).

⁴⁸⁸ Proceso n° 28371, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N°070 Bogotá, D. C. marzo treinta y uno (31) de dos mil ocho (2008).

⁴⁸⁹ Proceso n° 29822, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°348 Bogotá, D. C. diciembre dos (02) de dos mil ocho (2008).

El demandante no cumplió con esas exigencias y tampoco con la de acreditar copia del fallo mediante el cual se varía la jurisprudencia cuya aplicación considera que lleva a modificar el fallo, tal como la Sala lo ha considerado necesario tratándose de la causal sexta de revisión. Por lo tanto, esas razones serían suficientes para inadmitir la demanda formulada⁴⁹⁰.

- No casa (N):

En esta categoría se hace necesario registrar que en muchas de las sentencias que se anotarán, la ratio decidendi era más de una, ya que de igual modo, eran varios los cargos que se elevaban con el objeto de lograr casar el fallo impugnado; no obstante y como lo sugiere la investigación, solo se relacionarán aquellos que guarden relación directa con ésta:

-18103 (02/03/2005):

Ratio decidendi de la decisión:

la verificación objetiva del dislate del Ad-quem no es suficiente motivo para casar su fallo, porque la libelista, como se dijo, se limitó a tal verificación, sin desarrollar el cargo en lo concerniente al resto de pruebas sopesadas que influyeron en la decisión de revocar la sentencia de primera instancia y absolver a los implicados⁴⁹¹.

-23284 (05/10/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

un yerro de esa naturaleza no se constata en el fallo absolutorio de segunda instancia, pues no es cierto que el Juez colegiado se hubiese distanciado de los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia ni de alguna regla de la ciencia; sino que, declarado ilegal ese “*señalamiento*” y excluidas también las ampliaciones de testimonio que surgieron de ese reconocimiento ilegal, sólo subsistían las versiones iniciales, de las cuales no es factible deducir certeza acerca de la responsabilidad penal de CORTÉS RAMÍREZ⁴⁹².

⁴⁹⁰ Proceso n° 24268, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauro Solarte Portilla, Aprobado Acta N°139 Bogotá, D. C. noviembre once (11) de dos mil seis (2006).

⁴⁹¹ Proceso n° 18103, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Edgar Lombana Trujillo, Aprobado Acta N°014 Bogotá, D. C. marzo dos (02) de dos mil cinco (2005).

⁴⁹² Proceso n° 23284, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°112 Bogotá, D. C. octubre cinco (05) de dos mil seis (2006).

-25917 (12/08/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Ha insistido la Sala, y una vez más debe hacerlo, en que las discrepancias de valoración probatoria entre el demandante y las instancias, no son suficientes para invalidar la sentencia, y en el presente evento el censor no demostró la trascendencia del falso juicio de legalidad alegado en relación con la sindicación directa del acusado SÁNCHEZ VELA contra su prohijado JIMÉNEZ MORALES, se equivocó en la denuncia del supuesto falso juicio de existencia acerca de la prueba de ADN, y en su argumentación no demostró una posible tergiversación de ese medio de prueba, como tampoco el desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la estimación del restante material de convicción en el que los juzgadores edificaron la atribución de responsabilidad del acusado, razones por las que el cargo será desestimado⁴⁹³.

-31073 (01/07/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

Conviene recordar que para declarar la vulneración del derecho a la defensa técnica es imperioso constatar no solamente un equívoco o desacierto por parte del togado, sino verificar que su actividad fue un conjunto sistemático de errores en detrimento de los intereses del procesado, o que cometió una falla protuberante, garrafal, sin la cual seguramente los resultados del proceso habrían sido notoriamente diferentes. Nada de lo anterior se evidencia en esta ocasión y la falta de éxito en la gestión defensiva no supone quebrantamiento de ese derecho⁴⁹⁴.

-34418 (04/11/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

En tales condiciones se descarta la existencia del error denunciado por la demandante, toda vez que el traslado del testimonio del señor Espinosa Rodríguez se verificó acorde con las previsiones del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal; no se trata de una prueba inédita ya que se aportó por la época de la vinculación legal de los acusados al proceso, habiendo dispuesto la Fiscalía, además, que el testigo referido reconociera en fila de personas a Luis Alfredo Molina Fula y Reynel López González, de quienes afirmó el declarante pertenecían a un grupo de autodefensas y en ocasiones eran los encargados de cobrar el producto de las extorsiones. Destáquese, por último, que la recurrente tampoco se esforzó en demostrar la trascendencia del error, presentando un nuevo panorama probatorio a

⁴⁹³ Proceso nº 25917, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha, Aprobado Acta N°224 Bogotá, D. C. agosto doce (05) de dos mil ocho (2008).

⁴⁹⁴ Proceso nº 31073, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°191 Bogotá, D. C. julio primero (01) de dos mil nueve (2009).

través del cual, verificar que las restantes pruebas del proceso, resultarían insuficientes para sustentar la sentencia recurrida.
Por lo tanto el cargo no prospera⁴⁹⁵.

-32829 (17/03/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

En suma, puede apreciarse que no es cierta otra de las afirmaciones que sustenta el cargo segundo postulado por el casacionista, en el sentido de que la sentencia condenatoria se basó única y exclusivamente en prueba de referencia, pues, obran medios cognoscitivos directos que también fueron sometidos a una valoración conjunta en las providencias y permitieron determinar la responsabilidad penal de su prohijado.
Por todo lo anterior, es viable concluir que el recurrente no demostró yerro alguno⁴⁹⁶.

- No casa porque la prueba no es ilícita (NI):

-23327 (09/11/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

Al respecto, oportuno se ofrece puntualizar que el dicho del procesado durante su indagatoria no pone en tela de juicio la licitud del registro, cuando advierte que franqueó el ingreso de los uniformados porque se sintió intimidado al observar que estaban armados. En primer lugar, porque una tal situación no evidencia coacción alguna, en tanto es apenas normal que miembros de la Fuerza Pública se encuentren armados, en atención a la naturaleza de sus funciones constitucionales, situación que es de conocimiento general; en segundo orden, dado que el indagado no refiere que los uniformados hayan empleado dichas armas o utilizado la fuerza para doblegar su voluntad y así permitir el acceso a su domicilio.

En el mismo sentido, resulta relevante que el procesado hubiera manifestado durante la misma diligencia de descargos que accedió a que los policiales ingresaran a su domicilio *“porque me dio susto de ver el problema que se me estaba viendo encima”*, lo cual demuestra que su temor radicaba en verse descubierto más que por haberse sentido amedrentado de alguna manera por los policiales.

De otro lado, también corrobora la licitud de la diligencia cuestionada, el hecho de que el delito de tráfico de estupefacientes por el que aquí se procede, según lo tiene dicho la Sala, es de flagrancia permanente⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Proceso n° 34418, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°361 Bogotá, D. C. noviembre cuatro (04) de dos mil diez (2010).

⁴⁹⁶ Proceso n° 32829, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°82 Bogotá, D. C. marzo diecisiete (17) de dos mil diez (2010).

-21483 (06/04/2005):

Ratio decidendi de la decisión:

Esclarecido está que en la cadena de custodia no se presentaron irregularidades, pues se acató la normatividad legal vigente para la época; que tampoco se desconocieron derechos fundamentales, pues durante toda la actuación se garantizó el derecho de defensa, la publicidad y la contradicción de la prueba; y que menos se afectó la estructura del proceso, pues se cumplieron todas sus etapas, ante las instancias y autoridades respectivas. Luego, no existía base alguna para excluir la prueba aportada con fundamento en el art. 29 constitucional y siendo así, el cargo no prospera.

El Código de Procedimiento Penal de 2000, desde luego que es más exigente en el manejo de las evidencias, sin embargo, éste no regía para el 1 de junio de 2001, por ello todo el análisis que el casacionista hizo en la demanda sobre el articulado adjetivo no es de recibo, pues bajo ningún punto de vista se podía exigir al patrullero que incautó la droga, o a la Fiscal que instruyó en su primera fase el sumario o al perito que analizó la sustancia, que dieran aplicación a una normatividad que aún no regía. El proceder de ellos, se insiste, se ajustó a la normatividad vigente para la fecha de comisión de la conducta⁴⁹⁸.

-24252 (13/06/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

Así las cosas, al no entrañar el juramento del indagado cuando hace sindicación contra terceros, condición de validez de tal acto procesal, no genera nulidad de la indagatoria, pues los efectos de tal omisión se analizarán en relación con las imputaciones realizadas, de ahí que no constituya un desafuero su análisis como declaración y como injurada⁴⁹⁹.

-27594 (15/07/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

Para la Sala es claro que en este caso no se desconocieron los parámetros de la sana crítica al momento de apreciar las pruebas obrantes en la foliatura, por cuanto no se advierte una valoración equivocada, ni deducciones alejadas de la realidad; por el contrario, se percibe una objetiva

⁴⁹⁷ Proceso n° 23327, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Marina Pulido de Barón, Aprobado Acta N°128 Bogotá, D. C. noviembre nueve (09) de dos mil seis (2006).

⁴⁹⁸ Proceso n° 21483, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauricio Solarte Portilla, Aprobado Acta N°021 Bogotá, D. C. abril seis (06) de dos mil cinco (2005).

⁴⁹⁹ Proceso n° 24252, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°095 Bogotá, D. C. junio trece (13) de dos mil siete (2007).

evaluación de los elementos de juicio que la casacionista invoca como fundamento del reproche, respecto de los cuales simplemente planteó una tangencial disparidad de criterios acerca de su valor probatorio, que se dejó de asignar a las pruebas de descargo y el crédito que se le otorgó a las pruebas de cargo⁵⁰⁰.

-29853 (29/08/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

En conclusión, en orden a ponderar si resulta predicable o no la existencia de una irregularidad con capacidad de derribar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara a la sentencia de segundo grado por vicios de derecho relacionados con los medios de prueba, ha de evaluarse si los juzgadores de instancia acataron las previsiones del ordenamiento jurídico en cuanto a que la valoración de estos elementos de juicio debieron someterse a las reglas previstas en el sistema procesal penal, sin que adquiriera relevancia alguna el trámite surtido en la actuación de origen, aspecto que como quedó visto en el asunto examinado tampoco resiste controversia, motivo por el cual el cargo no está llamado a prosperar⁵⁰¹.

-17503 (27/04/2005):

Ratio decidendi de la decisión:

En consecuencia, de llegar a demostrarse que alguna prueba fue ilícita o ilegal, y pese a ello fue valorada, sería imprescindible excluirla, y analizar el mérito de los restantes medios de convicción para dilucidar la responsabilidad penal del implicado⁵⁰².

-24012 (18/05/2006):

Ratio decidendi de la decisión (a nivel conceptual contiene aspectos sumamente interesantes):

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

⁵⁰⁰ Proceso nº 27594, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Aprobado Acta N°217 Bogotá, D. C. julio quince (15) de dos mil nueve (2009).

⁵⁰¹ Proceso nº 29853, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°247 Bogotá, D.C. Agosto veintinueve (29) de dos mil ocho (2008).

⁵⁰² Proceso nº 17503, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Edgar Lombana Trujillo, Aprobado Acta N°247 Bogotá, D.C. Abril veintisiete (27) de dos mil cinco (2005).

La prueba que sirvió de fundamento a los fallos de instancia, directa y circunstancial, no está contaminada por efecto inmediato, expansivo ni próximo a ilicitud constitucional en el aporte del caudal probatorio, habida cuenta que la prueba básica-la indagatoria y la confesión-es lícita. Ninguna ilicitud y por ende ninguna conexidad con prueba de este origen existe entre el instante y el medio a través del cual las autoridades judiciales obtuvieron el conocimiento de la confesión extraprocesal y procesal hecha en la narración del inculpado WALTER ALFONSO CÁRDENAS ESPINOSA, por lo que no existe razón para aplicar la cláusula de exclusión en los términos del artículo 29 de la C.P. Lo mismo dígase respecto de la indagatoria de JAIME ORLANDO ÁVILA SÁCHEZ y el trato dado a éste por el GAULA.

El ligamen inmediato entre lo manifestado por el inculpado CÁRDENAS ESPINOSA y su proceder consciente, voluntario y libre al confesar, escapan a la tesis de la ilicitud de la indagatoria y por ende de la confesión como un fruto derivado “*del árbol envenado*”, por cuanto que no es cierto que los inculpados hayan estado sometidos a amenazas, tratos físicos y morales degradantes de su condición humana, que repercutieran gravemente en su estado de ánimo, según lo expresado en los numerales anteriores⁵⁰³.

- No casa porque a pesar de que la prueba es ilícita, existe una causal o excepción a la regla de exclusión (NEXC):

Esta providencia será desarrollada más adelante en el aparte dedicado al análisis de las estructuras argumentativas mediante las que se admiten las pruebas ilícitas, por constituir el eje principal de esta investigación.

-30711 (27/05/2009)

- No casa, aunque reconoce que la prueba es ilícita, porque hubo otras pruebas en las que se fundamentó el fallo (NNEXC):

-18451 (08/07/2004):

Ratio decidendi de la decisión:

Conforme a los criterios antes expuestos, los testimonios de los funcionarios del C.T.I. con base en los cuales el Tribunal construyó el hecho indicante de la confesión extrajudicial, no constituyen prueba independiente de la

⁵⁰³ Proceso nº 24012, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°048 Bogotá, D.C. Mayo dieciocho (18) de dos mil seis (2006).

originariamente ilícita, sino **derivada** de ésta y por tanto esta contaminada por el efecto expansivo y próximo de la prueba ilícita básica, por lo cual no debió ser considerada como fundamento del fallo de condena, dada la conexidad existente entre el instante y el medio a través del cual las autoridades de policía judicial obtuvieron el conocimiento de la confesión extraprocesal hecha en la narración que el inculpado hizo y que le fue filmada en el C.T.I., versión que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional y el Tribunal de San Juan de Pasto, admitieron y consideraron como prueba ilícita, aplicándole la cláusula de exclusión en los términos del artículo 29 de la C.P. N. pues ha de aceptarse que **PANTOJA ALVAREZ** no se encontraba en condiciones psicológicas para inculparse voluntaria y libremente, pues en la indagatoria refirió que se sentía mal cuando llegó a las oficinas del Cuerpo Técnico de Investigación (fls. 129 a 138, c.1), estado corroborado por el Director del C.T.I., al señalar que “él se encontraba en un alto grado de nerviosismo” (.....)

Los fundamentos y las inferencias indiciarias del *ad quem*, a excepción del indicio de la confesión extraprocesal del inculpado, son concluyentes e irrefutables, fueron obtenidos con base en el testimonio de AZAÍN CASTILLO, la delación de HELMER MORALES y las versiones suministradas en las indagatorias rendidas ante el Fiscal Regional por **CAMPO NELSON PANTOJA** y NUBIA AMPARO BETANCOUR, pruebas decretadas, practicadas y aducidas con autonomía e **independencia** de las primarias que en esta providencia se desestiman por su ilicitud⁵⁰⁴.

- Casa pero por otros motivos, es decir, la prueba es lícita (CL):

-21529 (07/09/2006):

Ratio decidendi de la decisión:

El Juez colegiado reflexionó en atención a su pálpito personal, pero de espaldas al recaudo probatorio, con desprecio de la experiencia y de la lógica, cuando la realidad enseña que en torno de la extorsión es frecuente la intervención delictual de allegados a la víctima, por el conocimiento de sus condiciones socioeconómicas; y porque es sofística e ilógica la condición que antepuso para que el indicio pudiera ser aceptado, es decir, que MANOSALVA CASTAÑEDA fuera el único que conociera a la familia López Negro, cuando es palmario que la validez estructural del indicio no depende de condiciones extrañas al recaudo probatorio, sino de la solidez de los hechos indicadores verificados y de su recta apreciación en sana crítica. (.....) Así las cosas, el cargo sale avante⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Proceso nº 18451, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Herman Galán Castellanos, Aprobado Acta N°059 Bogotá, D.C. Julio ocho (08) de dos mil cuatro (2004).

⁵⁰⁵ Proceso nº 21529, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°093 Bogotá, D.C. Septiembre siete (07) de dos mil seis (2006).

-31510 (31/10/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

Tal como lo advierte el representante del Ministerio Público, se observa que antes de llegar el proceso a esta Corporación, transcurrió el tiempo necesario para declarar la prescripción de la acción penal en relación con el delito de rebelión, por el cual fueron condenados JUAN CARLOS CELIS GONZÁLEZ, Diana Yamile Álvarez Gálvis y Rosemberg Gutiérrez Huertas⁵⁰⁶.

-26310 (16/05/2007):

Ratio decidendi de la decisión:

Así verificado el trámite que se ha seguido y la importancia capital que siempre han tenido elemento excluido y los que de él dependen, inconcuso surge que se contravino lo decidido por la Jueza de control de garantías, cuando excluyó, por entenderla ilícita en su recolección, el arma de fuego. En igual sentido, claramente definido con antelación que la jueza de control de garantías no tenía potestad para hacer pronunciamiento expreso en torno del medio probatorio recogido por la fiscalía, en una diligencia completamente inexistente en sus efectos-para no hablar de la abierta violación al debido proceso y los derechos de las partes, que no fueron previamente escuchadas sobre el particular, violándose también el principio de doble instancia y de contradicción, en una decisión carente de motivación-porque no ha sido regulada por la ley como de competencia de esa funcionaria, se hace necesario también dejar sin efectos lo decidido allí. En consecuencia, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del apartado, dentro de la audiencia de legalización de captura, en el cual la jueza de control de garantías se pronunció acerca de la exclusión del arma de fuego hallada por los uniformados en el lugar de los hechos, a efectos de que se reponga la actuación⁵⁰⁷.

- Casa parcialmente (CP):

-32422 (10/03/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

Los hechos dilucidados y los elementos de conocimiento que se fijaron en la formulación de imputación, se reitera, revelan que mediante la inducción y mantenimiento en error de un colectivo humano al que se le ofreció la

⁵⁰⁶ Proceso nº 31510, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°141 Bogotá, D.C. Mayo siete (07) de dos mil diez (2010).

⁵⁰⁷ Proceso nº 26310, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°073 Bogotá, D.C. Mayo dieciséis (16) de dos mil siete (2007).

expectativa de un viaje a otro país, oferta que jamás se iba a cumplir, la encausada obtuvo un provecho patrimonial ilícito.

En otras palabras, los mismos elementos de conocimiento que develó la Fiscalía y que aportó para acreditar la tipicidad y responsabilidad en los cargos imputados, desvirtúan la presunción *iuris tantum* inherente a la conducta punible descrita en el artículo 188 del Código Penal, pues de esos elementos de conocimiento se colige que la acción desplegada por la procesada y los otros concertados no produjo peligro de lesión a los respectivos bienes jurídicos tutelados en la norma, categoría dogmática sin la cual la conducta no configura el correspondiente delito.

Con base en lo anterior el cargo propuesto está llamado a prosperar, pero no con el efecto que persigue el censor, esto es, con la declaración de nulidad de la audiencia de imputación, dado que ese es un remedio extremo inaceptable en este evento, cuando el vicio puede conjurarse sin afectar la garantía de congruencia, con la casación parcial de la sentencia atacada, absolviendo a la procesada del cargo por el delito de tráfico de migrantes en relación con los hechos y víctimas a los que se contrae esta actuación, a pesar de su allanamiento al mismo⁵⁰⁸.

-30838 (31/07/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

Con todo, se incurrió en un error en el aparte considerativo porque a pesar de invocar el *porte de arma de fuego de defensa personal*, al momento de dosificar el concurso punible invocó el artículo 366 del Código Penal, tipo diferente al señalado en la acusación y que apareja una pena superior a la prevista en el 365 *ibídem*, situación que condujo a aumentar la pena en un *quantum* de cuatro meses.

Lo anterior, propuesto por la defensa y coincidiendo con la petición de la delegada fiscal, hace necesario que se corrija el yerro advertido y, atendiendo los criterios más elementales referidos a la legalidad de la pena y el principio de congruencia, como quiera que la pauta trazada para dosificar la pena se estableció en los mínimos, se determinará que por el delito de *porte ilegal de arma de fuego de defensa personal* se adicione un mes a la pena de 36 meses decretada por el *homicidio*. Según lo anterior la pena de prisión que en definitiva debe cumplir el acusado será de 37 meses. Lo antepuesto también se extiende a la pena accesoria que se decretará por el mismo lapso⁵⁰⁹.

- Confirma la apelación:

⁵⁰⁸ Proceso n° 32422, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°073 Bogotá, D.C. Marzo diez (10) de dos mil diez (2010).

⁵⁰⁹ Proceso n° 30838, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N°233 Bogotá, D.C. Julio treinta y uno (31) de dos mil nueve (2009).

-31900 (24/08/2009):

Ratio decidendi de la decisión:

Argumentaron los recurrentes que la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-025 de 27 de enero de 2009, autorizó la presencia del indiciado y su defensor en las audiencias de control posterior de legalidad siempre que estuviera privado de la libertad, y que no obstante la captura y las audiencias que tacha de ilegales tuvieron ocurrencia con anterioridad a la expedición de dicha providencia, invoca la nulidad alegando la aplicación retroactiva favorable de la mencionada sentencia.

Frente a este aspecto la Corte Constitucional tiene dicho que la sentencia de constitucionalidad solo produce efectos hacia el futuro, a menos que en su texto se haya indicado otra cosa, lo cual tiene todo el sentido para garantizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad de los procedimientos (...)

Así las cosas, la sentencia sólo puede producir efectos a partir de la terminación del proceso de constitucionalidad, a menos que la Corte, en ejercicio del poder deferido por la Carta Política como su suprema guardiana, le asigne efectos hacia el pasado; lo cual no sucedió con la sentencia C-336 de 2007.

No podría ser de otra manera para garantizar la seguridad jurídica de todos los destinatarios de la ley, para ofrecer ex ante la certeza de que la única forma de la limitación excepcional de los derechos habría de ser la que se indica en su texto, como mecanismo para excluir la arbitrariedad y garantía del in dubio pro libertatis, dirigida, tanto a los servidores públicos llamados a aplicarla, como a los particulares titulares de la legalidad y el debido proceso.

La interpretación a la que invita el casacionista va por la senda de la contrariedad de los principios de legalidad y debido proceso, lo cual se enfrenta con los postulados del Estado de derecho⁵¹⁰.

-30261 (14/08/2008):

Ratio decidendi de la decisión:

Para finalizar, los argumentos relacionados con la exclusión de elementos materiales de prueba, o de labores de investigación adelantadas antes de la formulación de imputación, no corresponden con el objeto de la impugnación en la medida en que no fueron considerados por el tribunal de instancia, de manera que escapen al objeto de la apelación; amén de que la Fiscalía investigadora se encontraba legitimada para actuar⁵¹¹.

- No casa porque la prueba ilícita ya había sido excluida:

⁵¹⁰ Proceso nº 31900, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°266 Bogotá, D.C. Agosto veinticuatro (24) de dos mil nueve (2009).

⁵¹¹ Proceso nº 30261, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°229 Bogotá, D.C. Agosto catorce (14) de dos mil ocho (2008).

-30612 (03/02/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

No obstante, la Corporación insiste, una vez más, en que la solución implementada por el sentenciador, cual fue la de excluir de valoración la prueba irregularmente aducida, fue idónea para corregir el desequilibrio denunciado y, más aún, para evitar que aquel tuviera efecto alguno en la decisión de fondo; es así que puede decirse que, en principio, la activa intervención del representante de la víctima está vedada en el proceso acusatorio que regula la Ley 906 de 2004; no obstante, es necesario precisar que en este caso, la irregularidad pregonada recae específicamente sobre la práctica probatoria, motivo por el cual no tiene el alcance que sugiere el recurrente, y es por ello que la solución al yerro no es otra que la exclusión de lo indebidamente introducido en la etapa probatoria del juicio, conservando en todo caso su carácter adversarial, como así lo exige la estructura del sistema acusatorio, y tal como en este caso particular lo hizo el sentenciador.

Lo anterior significa que la solución a la inconformidad planteada por el recurrente no es otra que la negación de todo efecto a la prueba ilegalmente practicada, remedio que insiste la Corporación-el Tribunal adoptó oportunamente, motivo por el cual-una vez más-la naturaleza adversarial del juicio no se vio afectada.

- Se inhibe de fallar:

-33901 (21/09/2010):

Ratio decidendi de la decisión:

Si los primeros no concurren o se hallan gravemente viciados entonces el proceso se desnaturaliza, mientras que los vicios que afectan los segundos tienen incidencia en la eficacia de la prueba, pero por sí mismos no son de aquellos que tocan con la estructura del proceso.

De allí que la inexistencia o las irregularidades trascendentes que recaigan sobre los actos inherentes a la estructura del proceso den lugar a la declaratoria de nulidad y, en contraste, las falencias en la aducción de los medios de conocimiento permiten-en principio-la exclusión probatoria.

Significa lo anterior que si la denuncia de invalidez del acto procesal que cita el recurrente no está llamada a ser resuelta de fondo en este momento del proceso, entonces, por sustracción de materia, no puede la Sala avanzar hacia el estudio de las razones que propone el recurrente para justificar su solicitud de nulidad, pues si así lo hiciera incurriría en un prejuzgamiento

respecto de un asunto sobre el que más adelante podría estar llamado a pronunciarse⁵¹².

4.2. BÚSQUEDA DE PROVIDENCIAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Página de la Corte Constitucional

⁵¹² Proceso nº 33901, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés, Bogotá, D.C. Septiembre veintiuno (21) de dos mil diez (2010).

A través del link “relatoría” y en éste, en el apartado de índice temático, bajo el criterio de prueba ilícita⁵¹³ se encontraron agrupadas las sentencias del siguiente modo:

- 1 ACCION DE TUTELA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y CORTE SUPREMA DE JUSTICA-Sentencia condenatoria no ameritaba anulación pese a detectarse existencia de prueba ilícita pues la responsabilidad del procesado provino de fuente independiente (A. 227/07)
- 2 ACCION DE TUTELA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y CORTE SUPREMA DE JUSTICA-Sentencia convalidó condena interpuesta respecto a video como prueba ilícita (A.V. A. 227/07)
- 3 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Por valoración de prueba ilícita (S. T-590/09)
- 4 ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Si bien sentencia condenatoria de la Corte Suprema valoró una prueba ilícita, también tuvo en cuenta otros elementos probatorios (S. T-233/07)
- 5 CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL-Prueba ilícita no puede ser legítimamente valorada (A. 227/07)
- 6 DERECHO COMPARADO-Prueba ilícita y nulidad del proceso judicial (A. 227/07)
- 7 JURISPRUDENCIA-Prueba ilícita no contamina el resto del material probatorio (A. 227/07)
- 8 REGLA DE EXCLUSION DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS CON VIOLACION AL DEBIDO PROCESO-Prueba inconstitucional y prueba ilícita (S. C-591/05)
- 9 SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Desconocimiento precedente en materia de prueba ilícita y nulidad del proceso judicial (A. 227/07)
- 10 SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Providencia impugnada no cambió precedente en materia de vía de hecho ni de exclusión de la prueba ilícita (A.V. A. 227/07)
- 11 VIA DE HECHO-Defecto fáctico no se configura cuando la presunta prueba ilícita es el fundamento de las decisiones atacadas (SU.159/02, T-057/06, S.V. T-212/06)
- 12 VIA DE HECHO-Inexistencia puesto que la sentencia condenatoria de la Corte Suprema tiene elementos probatorios independientes de la prueba ilícita (S. T-233/07)⁵¹⁴.

⁵¹³<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos%2522=%25&sql=prueba+il%EDcita&campo=%2F&pg=0&vs=0>, consultada el 22 de julio de 2011 a las 2:35 p.m.

⁵¹⁴ Ibíd.

En total se hallaron 7 providencias bajo la forma de búsqueda relatada, solo una de ellas proferida con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, esta es la sentencia SU-159 de 2002; las demás pueden ser ubicadas cronológicamente del siguiente modo:

2004	2005	2006	2007
	-C-591/05	-T-057/06 -S.V. T-212/06	-T-233/07. -A. 227/07
2008	2009	2010	2011
	-T-590/09		

Con el criterio de “fuente independiente” solo se encontró el auto 227 de 2007, sin embargo, los criterios “vínculo atenuado”, “descubrimiento inevitable”, “cláusula de exclusión” y “excepciones a la cláusula de exclusión” no arrojaron resultados.

2. Página Lexbase - Corte Constitucional

En la base de datos especializada en derecho se buscaron providencias bajo los criterios de: “prueba ilícita”, “fuente independiente”, “descubrimiento inevitable”, “vínculo atenuado”, “excepciones a la cláusula de exclusión” y “cláusula de exclusión”, registrando los siguientes resultados:

a. Criterio: prueba ilícita

Se hallaron 32 sentencias bajo esta consideración, solo 3 de éstas fueron proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004⁵¹⁵; a continuación se relacionan las sentencias:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-C-591/2005 -C-1154/2005 -C-590/2005 -T-902/2005	-T-676/2006 -T-57/2006 -T-171/2006	-A. 227/2007 -C-210/2007 -T-233/2007 -C-884/2007 -T-458/2007 -A. 181/2007
2008	2009	2010	2011
-T- 916/2008 -T-1246/2008 -T-1100/2008 -C-939/2008 -C-713/2008	-T-364/2009 -T-590/2009 -T-264/2009	-T-545/2010 -T-146/2010 -T-313/2010 -T-395/2010 -T-809/2010	-A. 045/2011 -A. 116/2011 -T-267/2011

b. Criterios: Fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado

10 sentencias fueron halladas bajo estas pautas, solo la sentencia SU-159 de 2002 fue proferida con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-C-591/2005 -C-1154/2005	-T-676/2006	-A. 227/2007 -C-210/2007 -T-233/2007

⁵¹⁵ Sentencias SU-159/2002, T-302/2003 y SU-1159/2003.

2008	2009	2010	2011
-T-708/2008	-N/A	-N/A	-A. 045/2011 -A. 116/2011

c. Criterio: cláusula de exclusión:

Con el criterio seleccionado se encontraron 19 sentencias, 4 de éstas fueron dictadas antes de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004⁵¹⁶:

2004	2005	2006	2007
-N/A	-C-591/2005 -C-1154/2005	-T-997/2006 -T-845/2006 -C-242/2006	-C-155/2007 -C-210/2007 -A. 227/2007
2008	2009	2010	2011
-C-1011/2008	-C-469/2009	-N/A	-A. 045/2011 -A. 116/2011 -T-134/2011 -C-258/2011 -C-366/2011

d. Criterio: excepciones a la cláusula de exclusión

Se halló una sola providencia bajo ese término: la sentencia C-591/2005.

3. Análisis de las sentencias halladas

⁵¹⁶ Sentencias C-024/1994, T-515/1995, T-523/1998 y C-422/2002.

De la totalidad de las sentencias halladas en las páginas de internet consultadas y bajo los criterios descritos, se obtuvo una cantidad definitiva de treinta y ocho (38) providencias a analizar; de una parte, no se debería efectuar análisis alguno respecto de las sentencias tipo C, debido a que a través de éstas no se pueden admitir pruebas ilícitas, sino que, por otra vía, se realiza un análisis abstracto de constitucionalidad de normas demandadas de grado inferior a la Constitución, lo que no es óbice para afirmar los conceptos valiosos que contienen; de otra parte, respecto de las sentencias tipo T y SU, en principio solo se debería hacer referencia a las sentencias mediante las cuales se admiten pruebas ilícitas, aunque la ausencia casi absoluta de éstas, de una parte, y de otra, la intención de ir más allá de ello, ha permitido realizar una clasificación pormenorizada del tipo de fallos proferidos por la Corte Constitucional.

Resulta en este momento importante precisar que el alcance que la Corte Constitucional le da a las sentencias tipo T y SU es limitado, ya que como ella misma lo reconoce en algunos fallos, su intervención no puede sobrepasar los límites del estudio de los derechos fundamentales hacia ámbitos reservados a los jueces de la jurisdicción ordinaria tales como la valoración de la prueba⁵¹⁷, estudio

⁵¹⁷ Véase por ejemplo: sentencia T-146 de 4 de marzo de 2010, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa:

.6.3.3.3. Ahora bien, la cuestión acerca de si el Pacto de Ralito es una prueba ilícita con relación a Juan Manuel López Cabrales, por haber sido suscrito bajo constreñimiento y fuerza en su caso, es precisamente, una de las cuestiones centrales que trata la sentencia en varias ocasiones. Fue esta una de las discusiones probatorias principales del proceso. Por tanto, entrar a revisar este punto es tanto como entrar a mirar la discusión entera del proceso. Tal labor, que no es claro que en el presente caso le corresponda realizarla al juez de tutela, ni siquiera fue hecha por el accionante en su demanda. En efecto, la acción de tutela no toma la totalidad de pruebas aportadas al proceso, relevantes para definir la cuestión, y mostrar que de su conjunto se concluye, evidentemente, que los hechos ocurrieron como él alega y que, por tanto, la prueba documental en cuestión ha de considerarse inconstitucional e ilegal. Para llegar a este punto, el accionante 'selecciona' algunas de las pruebas relevantes del proceso y de ellas resalta sólo apartes. Así, a partir de esta mirada parcial y puntal al expediente, pretende demostrar que las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia son erradas. Los apartes resaltados de algunas de las versiones aportadas al proceso en modo alguno se convierten en una suerte de prueba reina que demuestran, 'evidentemente', que la conclusión del juicio al que llegó la Corte Suprema de Justicia es errada.

no propio de la función que se le encomendó en la Constitución Política de 1991, haciendo especial hincapié en el hecho de que la tutela no se puede convertir en una tercera instancia en la que se ventilen aspectos procesales ordinarios. Sin embargo, en algunas ocasiones la Corte excede estos límites y se adentra en el estudio propiamente procesal del caso de turno que estudia.

- Fallos judiciales proferidos clasificados por años

2004	2005	2006	2007
-N/A	-C-591/2005 -C-1154/2005 -C-590/2005 -T-902/2005	-T-676/2006 -T-57/2006 T-171/2006 -T-997/2006 -T-845/2006 -C-242/2006	-A. 227/2007 -C-210/2007 -T-233/2007 -C-884/2007 -T-458/2007 -A. 181/2007 -C-155/2007
2008	2009	2010	2011
-T- 916/2008 -T-1246/2008 -T-1100/2008 -C-939/2008 -C-713/2008 -C-1011/2008	-T-364/2009 -T-590/2009 -T-264/2009 -C-469/2009	-T-545/2010 -T-146/2010 -T-313/2010 -T-395/2010 -T-809/2010	-A. 045/2011 -A. 116/2011 -T-267/2011 -T-134/2011 -C-258/2011 -C-366/2011

- Providencias clasificadas por su tipo

Sentencias de constitucionalidad

Este grupo se encuentra compuesto por 13 sentencias:

- C-591/2005
- C-1154/2005
- C-590/2005
- C-242/2006
- C-210/2007
- C-884/2007
- C-155/2007
- C-939/2008
- C-713/2008
- C-1011/2008
- C-469/2009
- C-258/2011
- C-366/2011

Sentencias de tutela

Comprende 21 fallos:

- T-902/2005
- T-676/2006
- T-57/2006
- T-171/2006
- T-997/2006
- T-845/2006
- T-233/2007
- T-458/2007
- T- 916/2008

-T-1246/2008
-T-1100/2008
-T-364/2009
-T-590/2009
-T-264/2009
-T-545/2010
-T-146/2010
-T-313/2010
-T-395/2010
-T-809/2010
-T-267/2011
-T-134/2011

Autos

-A. 227/2007
-A. 181/2007
-A. 045/2011
-A. 116/2011

- Sobre las sentencias de constitucionalidad:

-Sentencia C-591 de 2005:

Mediante esta providencia se declaran entre otros, exequible el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, se analiza la diferencia entre la prueba ilícita, la ilegal y la inconstitucional; de otro lado, se analizan las excepciones a la regla de exclusión y su aplicación, además de abordar el tema de las diversas soluciones que a través de la jurisprudencia se han ofrecido y planteado al momento de

advertir una prueba ilícita dentro del proceso, v. gr. la nulidad procesal o la simple exclusión de la prueba declarada ilícita.

-Sentencia C-1154 de 2005:

Ordena estarse a lo resuelto en la sentencia C-591 de 2005.

-Sentencia C-210 de 2007:

Mediante ésta se resolvió una demanda en contra del artículo 232 de la ley 906 de 2004; la disposición autorizaba la utilización en segunda instancia de pruebas ilícitas obtenidas en diligencias de registro y allanamiento que hubieran sido excluidas por dicha razón en primera instancia; la Corte declaró el artículo inconstitucional; no obstante, se suscitó una discusión al interior de la Corte sobre la ausencia de la causal de la buena fe en el cuerpo del texto del artículo 455 del Código de Procedimiento Penal con una aclaración de voto importante realizada por el magistrado Nilson Pinilla.

-Sentencia C-884 de 2007:

A través de esta se resuelve una demanda interpuesta contra varios artículos del código disciplinario del abogado, específicamente sobre el régimen de nulidades, en el salvamento parcial de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería se refiere mucho a la prueba ilícita.

Solo hace una referencia marginal sobre la prueba ilícita:

-Sentencia C-590 de 2005:

El caso nada tiene que ver con la prueba ilícita, se demanda un artículo de conformidad con el cual a la decisión en casación no le cabe ninguna acción, ni siquiera la de tutela, la Corte declara la norma inexecutable.

-Sentencia C-713 de 2008:

Sentencia en virtud de la cual la Corte Constitucional realiza un estudio previo de constitucionalidad sobre un proyecto de ley estatutaria mediante la cual se reforma la ley 270 de 1996

No se hace referencia alguna a la prueba ilícita:

-Sentencia C-242 de 2006:

Se demanda la Ley 963 de 2005, Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, la Corte se declara inhibida para resolver sobre algunas de las normas y declara exequibles otras tantas.

-Sentencia C-155 de 2007:

La Corte desata la súplica incoada en contra del artículo 7º (parcial) de la Ley 963 de 2005, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, la Corte declara exequible el aparte demandado.

-Sentencia C-939 de 2008:

La Corte revisa la constitucionalidad de la ley 1179 de 2007 declarándola exequible.

-Sentencia C-1011 de 2008:

Sentencia en virtud de la cual la Corte Constitucional realiza un estudio previo de constitucionalidad sobre un proyecto de ley estatutaria mediante la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones,

-Sentencia C-469 de 2009:

La providencia desarrolla una revisión oficiosa de las objeciones presidenciales al Código penal militar, lo declara exequible por cumplir con las exigencias del artículo 167 de la Constitución Política de Colombia.

-Sentencia C-258 de 2011:

La Corte Constitucional estudia la demanda elevada en contra del numeral 1º, literal k) (parcial) y contra el numeral 2, literales a), b), y c), del artículo 40 de la Ley 1015 de 2006, por medio del cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, la Corte declara exequibilidad de las normas.

-Sentencia C-366 de 2011:

La Corte Constitucional resuelve una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas, el tribunal declara la inexecuibilidad de la ley.

- Sobre las sentencias de tutela

-Sentencia T-233 de 2007:

A pesar de reconocer que existió una prueba ilícita recaudada, no excluida y aun así, valorada en sentencia, la Corte considera que *“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”*⁵¹⁸. Según la Corte, no se configura la vía de hecho, por tanto no tutela los derechos del tutelante.

-Sentencia T-458 de 2007:

⁵¹⁸ Sentencia T-233 de 29 de marzo de 2007, Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Se relacionan los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la posibilidad de interponerla en razón de la existencia de pruebas ilícitas valoradas y se encasilla dentro de los defectos fácticos por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

-Sentencia T-916 de 2008:

La Corte accede a la petición y tutela el derecho ya que la prueba era ilícita (consistía en correos electrónicos a los que se accedió ilícitamente).

-Sentencia T-146 de 2010:

Acción de tutela instaurada por Juan Manuel López Cabrales contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, alega que las actuaciones judiciales que dicha Corporación adelantó en su contra, dentro del proceso que culminó con la sentencia condenatoria de 25 de noviembre de 2008, son violatorias del derecho al debido proceso e igualdad de trato, al ser fundadas en prueba ilícita, consistente en el documento del Pacto de Ralito, firmado por el Dr. López Cabrales con violación de sus derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la participación política, libertad de circulación y autonomía personal; la Corte no considera que el fallo se haya fundado en prueba ilícita porque la ilicitud de ésta no es evidente ni que con éste se haya desconocido su jurisprudencia sobre la materia:

6.3.1. Como se dijo, la jurisprudencia constitucional sobre violaciones al debido proceso por incurrir en un defecto fáctico, tiene que ver con una valoración '*arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba*'. El error en el juicio valorativo de la prueba, por tanto, *debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión.*

6.3.2. En el presente caso no hay una violación arbitraria, irracional o caprichosa de la prueba, ni se demuestra que la lectura que de las pruebas hace la Corte Suprema carezca de sentido.

6.3.3. El accionante no muestra ninguna prueba que haya hecho parte del proceso y que de manera irrefutable demuestre que él firmó el Pacto de Ralito bajo una presión y fuerza irresistibles. Para llegar a la conclusión propuesta debe elaborar un camino largo y detallado, que se expone en tres

argumentos generales, los cuales, a su vez, se subdividen en varias pruebas distintas.

6.3.3.1. Por una parte, advierte que él no iba a la reunión donde tuvo lugar el Pacto de Ralito, sino 'a otra finca' [llamada 06] en la que, alega, iba a ser juzgado por los paramilitares. Este hecho, sostiene que también se concluye a partir de algunos apartes de tres declaraciones distintas que hacen parte del proceso penal (Miguel de la Espriella, Eleonora Pineda y Salomón Feris Chadid, alias Comandante 08). En segundo lugar, advierte que él iba a la finca 06 a 'salvar su vida', no ha realizar pactos o negociaciones con los paramilitares. A tal conclusión llega con base en algunas partes de cuatro declaraciones distintas (Salvatore Mancuso, Miguel de la Espriella, Rocío Arias y Eleonora Pineda). Finalmente, señala que el no tuvo 'más opción que suscribir el Pacto', lo cual considera que se sigue de los apartes de dos declaraciones (Luís Eduardo Urna Lara, paramilitar y Salomón Freís Candid, comandante 08), y del hecho probado en el proceso del control militar que tenían en la zona, especialmente, la presencia que tenían en esas fincas donde se llevaron a cabo las reuniones.

6.3.3.2. Como se aprecia, no se trata de la presentación de una serie de pruebas que de manera 'clara y evidente' muestren que la suscripción del llamado Pacto de Ralito por parte de Juan Manuel López Cabrales es producto del constreñimiento y de la fuerza. Se requiere dar por cierto tres hechos cuya veracidad depende, en cada caso, de una serie de pruebas que permiten, a juicio del accionante, llegar a una conclusión distinta a la que llegó la Corte Suprema de Justicia respecto a los hechos acaecidos.

6.3.3.3. Ahora bien, la cuestión acerca de si el Pacto de Ralito es una prueba ilícita con relación a Juan Manuel López Cabrales, por haber sido suscrito bajo constreñimiento y fuerza en su caso, es precisamente, una de las cuestiones centrales que trata la sentencia en varias ocasiones. Fue esta una de las discusiones probatorias principales del proceso. Por tanto, entrar a revisar este punto es tanto como entrar a mirar la discusión entera del proceso. Tal labor, que no es claro que en el presente caso le corresponda realizarla al juez de tutela, ni siquiera fue hecha por el accionante en su demanda. En efecto, la acción de tutela no toma la totalidad de pruebas aportadas al proceso, relevantes para definir la cuestión, y mostrar que de su conjunto se concluye, evidentemente, que los hechos ocurrieron como él alega y que, por tanto, la prueba documental en cuestión ha de considerarse inconstitucional e ilegal. Para llegar a este punto, el accionante 'selecciona' algunas de las pruebas relevantes del proceso y de ellas resalta sólo apartes. Así, a partir de esta mirada parcial y puntal al expediente, pretende demostrar que las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia son erradas. Los apartes resaltados de algunas de las versiones aportadas al proceso en modo alguno se convierten en una suerte de prueba reina que demuestran, 'evidentemente', que la conclusión del juicio al que llegó la Corte Suprema de Justicia es errado.

6.4. Así pues, la Sala considera que un juez de la República no viola el derecho al debido proceso por haber fundado una decisión judicial en una supuesta prueba ilícita, si la ilicitud de la prueba no es evidente y dentro del proceso judicial respectivo, razonablemente se concluyó que no era ilícita. No hay arbitrariedad, irracionalidad o capricho en una posición judicial de

esta naturaleza. Por tal razón se considera que la Corte Suprema de Justicia no incurrió en una violación al derecho al debido proceso al haber fundado en el llamado Pacto de Ralito, las decisiones judiciales en las que se juzgó penalmente a Juan Manuel López Cabrales⁵¹⁹.

Solo hace una referencia marginal sobre la prueba ilícita:

La Corte Constitucional dentro de la obiter dictum de las sentencias que profiere aborda el tema de la prueba ilícita cuando se elevan acciones de tutela en contra de providencias judiciales, esto se realiza tras invocar defecto fáctico (violación de debido proceso), especialmente cuando se recaba en el tema del derecho a la prueba y se cuestiona sobre cuándo se pueden excluir o no, la Corte entonces describe las pruebas ilícitas; es bajo estos parámetros que se efectúan referencias aisladas sobre pruebas ilícitas.

-Sentencia T-676 de 2006:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial, la Corte niega el amparo ya que supone que no se vulneran los derechos fundamentales por incumplir los términos judiciales.

-Sentencia T-902 de 2005:

Es un amparo presentado en contra de una providencia judicial (vía de hecho), porque omitió valorar unas pruebas, si esas pruebas hubieran sido valoradas el sentido del fallo cambiaba, la Corte tutela el derecho del recurrente, la referencia a la prueba ilícita es solo marginal.

-Sentencia T-171 de 2006:

Los señores Jaime Gilinski Bacal e Isaac Gilinski Sragovicz, por intermedio de apoderado, invocan la protección del juez de tutela, porque la Fiscalía General de la Nación, el Fiscal Delegado ante la Sala de Casación Penal de la H. Corte

⁵¹⁹ Sentencia T-146 de 4 de marzo de 2010, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa.

Suprema de Justicia y el Coordinador de la Unidad Nacional de Fiscalías Especializadas en Delitos contra la Administración Pública vulneraron sus derechos de acceso a la justicia y debido proceso, la Corte concede el amparo solicitado, solo aborda el tema de la prueba ilícita en apartes considerativos (obiter dictum) cuando refiere la relevancia del derecho a la prueba.

-Sentencia T-057 de 2006:

Se alegó mediante tutela la vulneración de derechos fundamentales del accionante porque desde la iniciación de las actuaciones judiciales en su contra por enriquecimiento ilícito se desconocieron sus garantías constitucionales, la Corte niega el amparo.

-Sentencia T-1246 de 2008:

Se interpuso acción de tutela con el objeto de proteger los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, la Corte considera que “*Como puede observarse las anteriores acusaciones no versan sobre irregularidades graves que afecten la legalidad de la prueba*”⁵²⁰ y por tanto, niega el amparo.

-Sentencia T-1100 de 2008:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial (del Consejo de Estado), la Corte niega el amparo.

-Sentencia T-364 de 2009:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial (del Consejo Superior de la Judicatura), la Corte niega el amparo.

-Sentencia T-590 de 2009:

⁵²⁰ Sentencia T-1246 de 11 de diciembre de 2008, Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Se interpuso acción de tutela contra el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Descongestión de Extinción de Dominio. La Corte tutela los derechos de los accionantes al debido proceso; no obstante, esta protección nada tuvo que ver con la prueba ilícita; en efecto, el tribunal considera: *“En este proceso, el actor considera que hubo una irregularidad procesal consistente en la valoración de pruebas ilícitamente recaudadas. Sin embargo, esa acusación se sustenta en providencias proferidas con posterioridad a la decisión judicial del proceso de extinción de dominio, así que no es posible determinar a priori su peso en el segundo proceso mencionado. Por esa razón, la Sala considera que el examen sobre esa eventual irregularidad procesal debe diferirse al estudio de fondo de la demanda, bajo la perspectiva del defecto procedimental, como lo solicita el actor en la demanda”*⁵²¹.

-Sentencia T-545 de 2010:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial, la Corte confirma la decisión adoptada negando el amparo solicitado.

-Sentencia T-313 de 2010:

Acción de Tutela instaurada por INVÍAS contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé, la Corte Constitucional concede la tutela y declara la nulidad de la actuación procesal por falta de jurisdicción y de competencia funcional.

-Sentencia T-395 de 2010:

Acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó (Antioquia), concede el amparo de los derechos del accionante al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la libertad personal y al buen nombre.

⁵²¹ Sentencia T-590 de 27 de agosto de 2009, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

-Sentencia T-809 de 2010:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), la Corte niega el amparo.

-Sentencia T-267 de 2011:

La Corte concede el amparo al debido proceso y a los derechos a la vida digna y al trabajo del cual son titulares los campesinos ocupantes del predio Las Pavas, representados por ASOCAB.

-Sentencia T-264 de 2009:

Se trata de una tutela interpuesta en contra de una providencia judicial (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil) por la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la tutelante, la Corte concede la tutela y deja sin efectos el fallo objeto de censura y trasgresor de los derechos de la accionante.

No se hace referencia alguna a la prueba ilícita:

-Sentencia T-134 de 2011:

Acción de tutela instaurada en contra de Coomeva medicina prepagada con el objeto de que se amparen los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, la Corporación accede a las peticiones del accionante.

-Sentencia T-997 de 2006:

Los tutelantes interpusieron acciones en contra de La Previsora S.A. por vulnerar sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso entre otros, la Corte no accede al amparo.

-Sentencia T-845 de 2006:

Acción de tutela en contra de la Dirección Territorial de Salud de Caldas por considerar el tutelante trasgredidos sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna y a la seguridad social, el tribunal concede el recurso.

- Sobre los autos

-Auto 181 de 2007:

Providencia mediante la cual resuelve las solicitudes de nulidad presentadas por los doctores Ricardo Calvete Rangel, apoderado judicial de Jorge Londoño Saldarriaga, Juan Carlos Prías Bernal, apoderado de Federico Guillermo Ochoa, y Eduardo Cifuentes Muñoz, apoderado de BANCOLOMBIA S.A., contra la sentencia T-171 de 2006, proferida por la Sala Octava de Revisión de Tutelas, dentro del expediente radicado bajo el número T-1226076, la Corte deniega la solicitud, no obstante, se presentan dos (2) salvamentos de voto, el auto no tiene que ver con la prueba ilícita, lo que se ve reflejado en los siguientes apartes:

Adicionalmente, la sentencia hace una extensa referencia a la sentencia SU- 159 de 2002 en la cual la Corte desarrolló las reglas de exclusión de la prueba ilícita (art. 29 C.P.), materia que no guarda relación con el asunto tratado, relativo al defecto fáctico como fuente de procedibilidad de la tutela contra decisión judicial.

(.....)

La Sala Octava incurre en su argumentación en un inexcusable error al confundir las reglas de exclusión de la prueba ilícita (Art. 29 de la Carta) desarrolladas en la sentencia SU-159 de 2001, con la omisión arbitraria de una prueba relevante, como una de las hipótesis de la estructuración de un error fáctico⁵²².

-Auto 116 de 2011:

Se trata de un recurso de súplica contra el auto del 22 de marzo de 2011, que rechazó la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 23, 119 y 455 de la ley 906 de 2004 y los artículos 195, 280, 337 y 528 de la Ley 1407 de 2010, la Corte confirma el auto del 22 de marzo de 2011, en la providencia solo

⁵²² Auto 181 de 12 de julio de 2007, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas.

se realizan referencias marginales a la prueba ilícita y que nada tienen que ver con el caso.

-Auto 045 de 2011:

Providencia mediante la cual resuelve la solicitud de nulidad presentada en contra de la sentencia T-146 de 2010, considera el accionante que la sentencia T-146 de 2010 desconoce el precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional, específicamente dos reglas aplicables al derecho al debido proceso, por una parte (i) el reconocimiento especial de la condición de víctima, tal como las normas sustantivas y procesales lo reclaman y (ii) la aplicación de la regla según la cual las pruebas ilícitamente obtenidas deben ser excluidas del proceso dentro del cual son analizadas, la Corte al respecto estima:

2.2. Para la Sala Plena de la Corte Constitucional, ninguno de los cargos en los cuales se pretende fundar la solicitud son de recibo. Además de que se trata de cuestiones que no se atienen a la realidad de los términos en que fue proferida la decisión adoptada por la Sala de Revisión Primera de la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-146 de 2010, se trata de argumentos que antes que tratar de cuestionar la sentencia de revisión, buscan revivir los presentados en la acción de tutela en contra de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(.....)

3.2. La sentencia acusada no desconoce la jurisprudencia constitucional establecida y aplicable al caso. La regla según la cual los jueces deben excluir las pruebas ilícitamente obtenidas, no es atacada ni desconocida por la sentencia acusada.

(.....)

En ningún lugar la sentencia decide, por ejemplo, que se podría haber fundado una decisión judicial en una prueba ilícitamente obtenida, que ésta podría no haber sido excluida, o que ésta sólo podría haber sido presentada en un momento del proceso. Menos aún, se establecen reglas en uno u otro sentido acerca de las pruebas derivadas de una prueba ilícitamente obtenida. Así pues, la sentencia T-146 de 2010 no desconoce las sentencias SU-159 de 2002, C-591 de 2005, C-210 de 2007 ni la T-916 de 2008⁵²³.

De conformidad con ese análisis, la Corte Constitucional niega la nulidad de la

⁵²³ Auto 045 de 09 de marzo de 2011, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa.

sentencia T-146 de 2010.

-Auto 227 de 2007:

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 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 ilícita⁵²⁴ 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.

⁵²⁴ Empero, nuestro desacuerdo estriba en que la prueba estimada por la Sala de Revisión como ilícita, no lo es necesariamente. En eso compartimos el sentir de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que existen razones constitucionales para pensar que el video incorporado como prueba al proceso penal, no fue violatorio del derecho a la intimidad, lo que procedemos a explicar.
(.....)

5. En el presente caso, el video aportado registraba una actividad encaminada a la financiación - ilícita- de una campaña política. Tal actividad no está cobijada por el derecho a la privacidad. Adicionalmente, para su registro, no existió actuación ilícita de organismos del Estado consistentes, por ejemplo, en violar el domicilio o interceptar la correspondencia o las comunicaciones privadas sin orden judicial. Por ello, la prueba documental que registraba y hacía pública dicha actividad, al no haber invadido el derecho a la intimidad, no podía ser calificada como ilícita.

4.3. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EN SENTENCIAS MEDIANTE LAS QUE SE ADMITEN PRUEBAS ILÍCITAS

A. SENTENCIA 30711 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 27 DE MAYO DE 2009

El Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Fabián Prieto Silva en calidad de determinador por los delitos de homicidio en concurso con tentativa de homicidio y por el punible de porte ilegal de armas; el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión y éste acudió en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia arguyendo manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia (causal prevista en el numeral 3º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004)

Hechos relevantes del caso

El 19 de enero de 2007, NÉSTOR ORLANDO MIRANDA BARAHONA y su esposa LEIXER FORERO SASTOQUE, quien se encontraba en estado de embarazo, se dirigieron al Barrio Carvajal de esta ciudad, en el que ésta última debía cumplir una cita.

Cuando el vehículo en que se movilizaban se encontraba en la Calle 37 F Sur, frente al número 72 J 19, LEIXER descendió para localizar la dirección a la que se dirigía. No obstante, en ese momento se acercó un individuo y le propinó dos disparos de arma de fuego; luego, fue hasta el vehículo y le hizo dos disparos a NÉSTOR ORLANDO, uno de los cuales impactó en su humanidad; después, regresó al lugar en el que yacía LEIXER y le propinó dos disparos más y, finalmente, se dirigió a un lugar aledaño en el que, con la puerta trasera izquierda, abierta, lo esperaba un taxi en el que abandonó el lugar.

LEIXER falleció de inmediato, en tanto que NÉSTOR ORLANDO sobrevivió. No obstante lo impactante de la secuencia, este último tuvo los arrestos suficientes para anotar en la palma de su mano la placa del taxi en que huyeron los implicados, la que le fue suministrada por una pareja que se había percatado de ese dato.

Con base en tal información se desencadenó una investigación que permitió localizar al sicario, a un taxista y a otro sujeto –JAIRO ALBERTO RAIGOZA GRAJALES, CARLOS ORIOL ALVIS NUNO y FABIÁN PRIETO SILVA, respectivamente-. El primero aceptó cargos y hoy se encuentra condenado por homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas, en tanto que los dos restantes fueron condenados en este proceso, en primera instancia, como coautores de esos hechos.

Fundamento de la impugnación

Se acusa la sentencia por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción de la prueba sobre la cual se fundamentó el fallo, relacionada específicamente con el registro de un automotor, y con la búsqueda selectiva en la base de datos de COMCEL, lo cual condujo, a la aplicación indebida de los artículos 27, 31, 104 y 365 del Código Penal.

El registro del vehículo fue practicado sin la expedición previa de orden escrita impartida por el fiscal en los términos del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, y sin la autorización que alternativamente hubiera podido expresar el tenedor del automotor, por lo que se tornó en ilegal dicho hallazgo y por tanto no susceptible de ser valorado por el juez.

Siendo irrefutable la inexistencia de la orden escrita de registro impartida por el fiscal, el recurrente dedicó su esfuerzo a examinar los eventos en que el artículo

230 de la Ley 906 de 2004 exceptúa la exigencia de la referida orden, deteniéndose en el numeral 1º, frente al cual argumentó que en la medida que el automotor se encontraba arrendado al acusado CARLOS ORIOL ALVIS NUNO, era éste el único con legitimidad y capacidad para autorizar el respectivo cacheo, y no su propietario Néstor Fernando Contreras Mora, con cuyo consentimiento, finalmente se realizó, con los resultados ya anotados.

Señaló que el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba no se quedó allí sino que se extendió a la ausencia del control judicial de la diligencia de registro, la cual debió producirse dentro de las veinticuatro horas siguientes, según lo ordenado en los artículos 250.2 de la Constitución Política y 237 de la Ley 906 de 2004; para concluir que estas falencias contagiaron de ilegalidad tanto el registro como el hallazgo obtenido y todo lo que de allí se derivó, concretándose así el primer ataque contra el fallo.

También censuró el libelista la búsqueda selectiva en bases de datos de COMCEL con la que se logró comprobar que existió comunicación fluida entre el supuesto determinador de las conductas punibles objeto de juzgamiento, señor FABIÁN PRIETO SILVA, y el señor CARLOS ORIOL ALVIS NUNO, conductor arrendatario del taxi, y quien supuestamente transportó a Jairo Alberto Raigoza Grajales —el que aceptó ser ejecutor material del atentado del que fueron víctimas los esposos Leixer Forero Sastoque y Néstor Armando Miranda Barahona— además de esperarlo mientras lo perpetraba para facilitar la huída y por tanto asegurar la impunidad de sus delitos.

El cuestionamiento a tal actividad de investigación realizada el 20 de marzo de 2007, “búsqueda selectiva en bases de datos”, lo sustenta el impugnante en que para su práctica no medió autorización previa del juez de control de garantías, como se ordena en la sentencia C-336 de 2007, en la que se declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 14 y 244 del Código de

Procedimiento Penal; lo cual también contagió de ilegalidad a los elementos probatorios allegados a la investigación; por lo que no podían ser valorados por el juez, ni menos ser fundamento de la condena de PRIETO SILVA.

Precisó, además, que no es que se esté pretendiendo la aplicación retroactiva de la sentencia de constitucionalidad, como se manifestó en el fallo de segundo grado, por dos razones: primero porque dicha providencia lo único que hizo fue ratificar un mandato que ya constaba en el numeral 3º del artículo 250 constitucional; y, en segundo término, porque las pruebas sólo alcanzan tal condición cuando son sometidas a la contradicción e inmediación, en el juicio (artículos 377 y 379 del C. de P.P.), y para cuando dichos hallazgos se convirtieron en prueba por medio de los testimonios de introducción en la vista pública (de Diego Armando Álvarez Cardozo, funcionario de Policía Judicial, y Carlos Parada Lozano, empleado de COMCEL), ya la sentencia de constitucionalidad que condicionaba la validez de dichos actos de investigación era conocida, por cuanto fue proferida el 9 de mayo, y el juicio se inició el 9 de agosto de 2007.

Problema jurídico

Determinar si en las resoluciones impugnadas existió un manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los fallos.

Consideraciones de la Corte

- Sobre la legitimidad del recurrente para reclamar sobre la supuesta ilegalidad del registro

FABIÁN PRIETO SILVA, aunque no tenía expectativa razonable de intimidad para alegar la ilegalidad del registro del mencionado vehículo automotor de servicio público, le asiste legitimidad para discutir la legalidad de tal procedimiento; en efecto:

Sin embargo, por fuera del entorno geográfico consultado, 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.

Encuentra la Corte que el debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable.

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.

Razonar de otra manera conduciría a situaciones francamente contrarias al sentido de la disposición constitucional contenida en el inciso final del artículo 29. Podría pensarse, a modo de ejemplo, que el testigo de cargo fue obligado a declarar por medio de tortura, o que la consulta en la base de datos, legalmente ordenada y controlada judicialmente, se realizó de manera subrepticia, o que la interceptación con fundamento en la cual se obtuvo información relevante contra un tercero es ilegal. En estos eventos no podría negarse el “standing” al imputado para discutir su violación al debido proceso, con el argumento de que él no fue el torturado, o no es el propietario de la institución cuya base de datos fue asaltada, o que no fue uno de los participantes en la conversación interceptada ilegalmente.

- Respeto de la ilegalidad del registro del vehículo automotor

La vinculación de Fabián Prieto Silva con la hipótesis investigativa proviene de una fuente independiente al registro del automotor.

Al respecto conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Política señala que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, que señalan:

*“Artículo 23. **Cláusula de exclusión.** Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por la 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.”

*“Artículo 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.”*

Este contexto normativo otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales, tal como lo admitió la Corte Constitucional.⁵²⁵

⁵²⁵ En sentencia C-591 de 2005.

*En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la **regla de exclusión** entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado^{i[xxiii]}, fuente independiente^{ii[xxiv]} y descubrimiento inevitable^{iii[xxv]}.*

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

La normatividad vigente otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales. Por eso, al analizar la viabilidad de la exclusión pretendida por el casacionista, resulta oportuno destacar que la primera mención de la posible participación de PRIETO SILVA con los hechos delictivos materia de la investigación, surgió desde los albores de la indagación, pues a las pocas horas del atentado, Miranda Barahona relató al investigador lo siguiente: a) que el único enemigo que tenía su esposa era su ex novio Prieto Silva, b) que la asediaba insistentemente con amenazas de causarle daño por medio de un escándalo, a tal

punto que recientemente ella le había formulado una querrela por tal razón; c) que rondaba en un taxi el lugar de habitación de varios de sus parientes; d) que minutos antes de su asesinato recibió una llamada de él, lo que la molestó mucho; e) que minutos después del homicidio, él -Miranda Barahona-, que conservó el celular de su esposa, recibió una llamada de alguien que se identificó como Fabián Prieto Silva, preguntando por ella; información suficiente para vincularlo desde ese mismo momento como posible autor o partícipe de tales hechos, a una hipótesis criminal a partir de identificar un móvil pasional; la cual estaba en la obligación de ser investigada por la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 250 de la Carta Política y 207 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, con fines de demostrar que para la vinculación de Prieto Silva con la hipótesis delictiva resultaba suficiente la entrevista rendida por Miranda Barahona desde el centro asistencial, por lo que en nada incidía en su situación procesal la diligencia de registro del vehículo de servicio público conducido regularmente por Carlos Alvis, por cuanto al margen de tal actividad existe suficiente prueba para fundamentar su condena.

En este orden argumentativo considera la Corte que aún, frente a una eventual ilegalidad de la diligencia de registro del automotor, la vinculación de PRIETO SILVA como posible responsable se realizó por una fuente independiente a la mentada pesquisa, como fue la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona; razón por la cual el ataque carece de la trascendencia suficiente para remover la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo.

- Sobre la ilegalidad de la consulta selectiva a la base de datos de COMCEL

El demandante señaló que por virtud de lo ordenado en el artículo 250.2 de la Constitución, y lo decidido en la sentencia de constitucionalidad C-336 de 2007 (de 9 de mayo de 2007) era claro que el control judicial realizado de la búsqueda

selectiva en la base de datos de COMCEL (adelantada el 20 de marzo de 2007) debió ser previo y no posterior como en realidad sucedió, lo cual hizo que tal actividad fuera ilegal y en consecuencia la evidencia hallada debía ser excluida del conjunto probatorio.

El problema jurídico que se plantea con el ataque se sitúa en el campo de los límites temporales de la ley y los efectos del condicionamiento de la exequibilidad del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, hecha por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional determinó que la consulta selectiva en bases de datos requiere control judicial previo, pero sólo a partir del 9 de mayo de 2007.

Así las cosas, la sentencia sólo puede producir efectos a partir de la terminación del proceso de constitucionalidad, a menos que la Corte, en ejercicio del poder deferido por la Carta Política como su suprema guardiana, le asigne efectos hacia el pasado; lo cual no sucedió con la sentencia C-336 de 2007.

No podría ser de otra manera para garantizar la seguridad jurídica de todos los destinatarios de la ley, para ofrecer *ex ante* la certeza de que la única forma de la limitación excepcional de los derechos habría de ser la que se indica en su texto, como mecanismo para excluir la arbitrariedad y garantía del *in dubio pro libertatis*, dirigida, tanto a los servidores públicos llamados a aplicarla, como a los particulares titulares de la legalidad y el debido proceso.

La interpretación a la que invita el casacionista va por la senda de la contrariedad de los principios de legalidad y debido proceso, lo cual se enfrenta con los postulados del Estado de derecho. Por estas consideraciones el cargo no prospera.

Decisión de la Corte Suprema de Justicia

No casar la sentencia de segunda instancia del 23 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra de FABIÁN PRIETO SILVA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Ratio decidendi

Toda vez que, de un lado, la vinculación del recurrente como posible responsable se realizó por una fuente independiente al registro del vehículo, y de otro, el fallo de constitucionalidad condicionada, a la fecha de la realización de las consultas a la base de datos del operador celular no había producido aun sus efectos, se puede concluir que a través de las providencias atacadas no se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los mismos.

Análisis de estructuras argumentativas

En el presente caso se observan varias estructuras argumentativas que serán graficadas; sin embargo, el análisis de fondo (justificación externa), se desarrollará solo sobre aquella fundamental para la decisión de cara a lo que se investiga; esto es, la que constituye la Ratio Decidendi de la misma respecto de la procedencia de una excepción a la regla de exclusión, en este caso, la fuente independiente (estructura argumentativa 3).

Estructura Argumentativa 1

(C) Al recurrente le asiste legitimidad para discutir la legalidad del registro del automotor.

(G) Aunque el recurrente no tenía expectativa razonable de intimidad para alegar la ilegalidad del registro del vehículo automotor de servicio público en virtud de lo establecido en el artículo 231 de la ley 906 de 2004

(W) El debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable



Estructura argumentativa 2

(C) La prueba consistente en la consulta selectiva a la base de datos de COMCEL no es ilícita.

(G) La consulta en la base de datos de COMCEL se efectuó antes del 9 de mayo de 2007.

(W) El control judicial a la práctica probatoria fue posterior a su realización, de conformidad con el artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

(B) El artículo 244 de la ley 906 de 2004 para la fecha de la práctica probatoria imponía el deber del control judicial posterior y no previo, situación que varió con la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma a través de la sentencia C-336 de 2007.

Estructura argumentativa 3

(C) La vinculación de Fabián Prieto Silva con la hipótesis investigativa proviene de una fuente independiente al registro del automotor.

(G) La fuente independiente proviene de la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona.

(W) Del artículo 455 del Código de Procedimiento penal, así como de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional sobre la materia, específicamente en la sentencia C-591 de 2005, se desprende la facultad del juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, pudiendo arribar a la conclusión de que el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

(B) La fuente independiente es una de las excepciones a la regla de exclusión.

Gráfico común a las estructuras 1 y 2:



G → C

Lo importante en este punto es determinar la argumentación que permite establecer por qué existe una fuente independiente:

Análisis:

El órgano jurisdiccional no ofrece una respuesta concreta al ataque dirigido por parte del recurrente en contra de las sentencias impugnadas en razón a la supuesta ilicitud del registro del vehículo automotor; en efecto, antes que abordar el tema, se encarga de establecer que la vinculación procesal del suplicante se debió a una fuente independiente al registro del mueble, aunque el análisis efectuado por la Corte es de apreciar, es evidente que el tema que trata es diametralmente diferente al planteado por el señor Silva, de esta situación da cuenta la propia Corte:

En este orden argumentativo considera la Corte que aún, frente a una eventual ilegalidad de la diligencia de registro del automotor, la vinculación de PRIETO SILVA como posible responsable se realizó por una fuente independiente a la mentada pesquisa, como fue la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona; razón por la cual el ataque carece de la trascendencia suficiente para remover la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo⁵²⁶. (Subrayas fuera del original).

Tal y como se observa, la Corte se desvía del análisis y la argumentación que debió haber realizado respecto de si la prueba del registro del vehículo era o no ilícita, y por otra vía, solo dirigió sus argumentos a determinar que el condenado fue vinculado al proceso en razón a otras pruebas diferentes a la que eventualmente podría ser calificada de ilícita; es decir, la del registro del vehículo. Sobre la misma apreciación se puede afirmar que la Corte no cumplió con el principio de congruencia procesal, toda vez que decidió sobre una materia que no fue constitutiva de la censura del actor, si bien es cierto, lo fundamentado por

⁵²⁶ Expediente 30711 (27/05/2009), Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No. 153. Bogotá, D.C

parte del tribunal no puede ser objeto de reproche, ya que, efectivamente, existían otras pruebas en las que se sustentaban los fallos condenatorios diferentes a la pretendida ilícita de registro, ello no es óbice para enfatizar en la falta de técnica argumentativa en la que incurre la Corte Suprema en el caso sub examine.

De otra parte, se puede afirmar que la Corte Suprema de Justicia en este fallo no argumenta por qué razón el testimonio del señor Miranda Barahona es constitutivo de la excepción de fuente independiente; verdaderamente, la Corte da por sentado que ésta es una fuente independiente, y aunque lo que aquí se pretende no es aseverar que no lo sea, ésta nunca ofrece las razones por las cuales el testimonio del mencionado señor debe ser tenido en cuenta como tal, es decir, no enseña cómo esta prueba tiene la solidez suficiente al nivel de la que eventualmente podría ser declarada como ilícita como para adecuarse a la excepción a la regla de exclusión; en otros términos, el órgano jurisdiccional no justifica el paso a la conclusión o pretensión.

Conclusiones

1. Estructura argumentativa interna (justificación interna):

Las estructuras argumentativas son lógicas de conformidad con lo observado ya que cumplen con las reglas tanto de las formas simples como las generales de argumentos de conformidad con la teoría de Alexy⁵²⁷.

2. Estructura argumentativa externa (justificación externa):

⁵²⁷ Forma simple:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Forma general:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un Z, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Si bien es cierto, solo se examinó la estructura argumentativa No 3; durante el mismo análisis se evidenció que las restantes dos estructuras gozan de racionalidad o que las premisas de estas pueden ser justificadas racionalmente. En lo que concierne a la estructura argumentativa No 3 (EA3), no se evidenció coherencia entre lo pedido por el recurrente y lo decidido por el tribunal, de una parte, y por otra ; no quedó claro el paso utilizado por el juez colegiado a la pretensión (C) desde los argumentos que la sustentan (G) y (W) así las cosas, aunque la Ratio decidendi del caso⁵²⁸ no puede ser calificada de plena irracionalidad (desde el punto de vista de sus premisas), si se puede puntualizar que contiene una argumentación falaz y que no cumplió con una argumentación suficiente y contundente para desatar el caso, debió haber recurrido a más razones (G), por ejemplo:

(G2) El testimonio del señor Miranda Barahona ofreció bajo las condiciones XYZ, datos que coincidían con los hallados en el curso de la investigación.

(G3) Una vez establecida la legalidad de la prueba de la consulta selectiva en la base de datos de COMCEL y con base en la información allí obtenida, siendo ella cotejada con el testimonio de Miranda Barahona se obtienen elementos suficientes de juicio para otorgarle toda la relevancia incriminatoria en contra del señor Prieto Silva.

(G4) Se constató mediante otros testimonios (de familiares de la occisa) que el señor Prieto Silva rondaba la casa de su exnovia y la de sus familiares en un taxi que describieron con características similares y vincularon mediante fotos con el abordado por los homicidas tras la comisión del ilícito.

Y debió haber otorgado por lo menos otro respaldo (B) tal y como:

⁵²⁸ Toda vez que la vinculación del recurrente como posible responsable se realizó por una fuente independiente al registro del vehículo, se puede concluir que a través de las providencias atacadas no se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los mismos.

(B2) Bajo las condiciones revisadas la entrevista del señor Miranda Barahona (y las demás pruebas analizadas) se adecúa a los parámetros de la excepción de la fuente independiente.

Por último, los argumentos del tribunal cumplieron en líneas generales con las reglas de la carga de argumentación de Alexy⁵²⁹, en ese sentido, se puede afirmar que la regla 3.3 fue cumplida a cabalidad al igual que la regla 3.1, de la cual no se hizo uso ya que en el caso estudiado la Corte no se apartó de la jurisprudencia por ella establecida, dispensando un trato igualitario en el caso a sus análogos anteriores, por último, si la regla 3.2 se puede eventualmente leer no frente a ataques a proposiciones sino a respuestas a temas no planteados, se puede aseverar que la Corte constitucional no cumplió con ella; en efecto ello es así, si la regla se puede variar a la forma:

3.2 Quien arguye frente a una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

3. Tipo de excepción a la regla de exclusión utilizada:

La excepción usada por la Corte es la de la fuente independiente, causal prevista en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, ello porque la misma Corte Constitucional así lo refiere en el fallo; otro aspecto distinto es el de si la

⁵²⁹ (3.1.) Quien pretende tratar a una persona X de modo distinto de una persona Z, está obligado a fundamentarlo.

(3.2.) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4.) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

Corporación cumplió con la carga de argumentación suficiente para concluir si la causal se configuraba.

Frente a lo observado se puede afirmar:

1. Se evidenció una cantidad mínima de sentencias que tratan el tema de la prueba ilícita, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la Corte Constitucional y el tratamiento del tema en ellas se circunscribe en la mayoría de eventos al ámbito meramente conceptual y se halla esbozado en la obiter dictum del fallo; en otros casos se le refiere solo de manera aislada, en pies de página o correlacionándolo con casos análogos.
2. Respecto de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se observó que:
 - En numerosos fallos la Corte Suprema se abstiene de decidir sobre la materia de fondo, toda vez que centra su discurso sobre las faltas en la técnica de casación usada o en la incorrecta invocación de la o las causales propuestas, motivo por el cual la decisión más frecuentada es la de la inadmisión del recurso.
 - La Corte hace hincapié en el error en el que incurren los recurrentes, confundiendo las irregularidades procesales con la ilicitud de la prueba o los elementos ilícitos evidenciados en el transcurso del proceso con las causales de nulidad procesal, confusión que desemboca en una mala confección del recurso.
3. Respecto de las sentencias de la Corte Constitucional se observó que:
 - El alcance que la Corte le da a las sentencias tipo T y SU es limitado ya que como ella misma lo reconoce en algunos fallos, su intervención no puede sobrepasar los límites del estudio de los derechos fundamentales hacia ámbitos reservados a los jueces de la jurisdicción ordinaria tales como la valoración de la prueba, haciendo especial hincapié en el hecho de que la tutela no se puede convertir en una tercera instancia en la que se ventilen

aspectos procesales ordinarios. Sin embargo, en algunas ocasiones la Corte excede estos límites y se adentra en el estudio propiamente procesal del caso de turno que estudia.

4. Sobre la ratio decidendi del proceso 30711 del 27 de mayo de 2009, en lo que tiene que ver con la excepción a la regla de exclusión esgrimida por la Corte (fuente independiente) no se evidenció coherencia entre lo pedido por el recurrente y lo decidido por el tribunal, de una parte, y por otra ; no quedó claro el paso utilizado por el juez colegiado a la pretensión (C)⁵³⁰ desde los argumentos que la sustentan (G)⁵³¹ y (W)⁵³², así las cosas, aunque la Ratio del caso⁵³³ no puede ser calificada de plena irracionalidad (desde el punto de vista de sus premisas), si se puede puntualizar que contiene una argumentación falaz y que no cumplió con una argumentación suficiente y contundente para desatar el caso, debió haber recurrido a más razones (G) y debió haber otorgado por lo menos otro respaldo (B).
5. Solo se halló una providencia en los tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional de Colombia mediante la que se admitió una prueba ilícita bajo los supuestos de una excepción a la cláusula de exclusión, esta ínfima población se debe, de una parte, a la reciente inclusión en el ordenamiento jurídico interno de las disposiciones que contemplan estas excepciones, y, de otra, a las condiciones y criterios que regulan el abordaje de los recursos propios de cada tribunal; es decir, las normas que regulan la forma de acudir a la Corte Suprema de Justicia exigen una técnica reglamentaria en la confección de los recursos

⁵³⁰ La vinculación de Fabián Prieto Silva con la hipótesis investigativa proviene de una fuente independiente al registro del automotor.

⁵³¹ La fuente independiente proviene de la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona.

⁵³² Del artículo 455 del Código de Procedimiento penal, así como de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional sobre la materia, específicamente en la sentencia C-591 de 2005, se desprende la facultad del juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, pudiendo arribar a la conclusión de que el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

⁵³³ Toda vez que la vinculación del recurrente como posible responsable se realizó por una fuente independiente al registro del vehículo, se puede concluir que a través de las providencias atacadas no se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los mismos.

extraordinarios de casación, elemento angular y al que se le reviste de gran relevancia debido a excepcionalidad del recurso, lo que impide en muchos casos que se revise el asunto de fondo; y los cánones que disciplinan las competencias de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, que, por lo menos en principio, le impiden realizar ejercicios propios del juez ordinario como lo es la valoración de la prueba, al que se encuentra circunscrito el tema de la prueba ilícita. Son estas dos situaciones, las que por lo menos respecto de la admisión de la prueba ilícita diferencian las cortes de cierre de las jurisdicciones mencionadas en Colombia del Tribunal Constitucional español, en el que, contrario sensu de lo observado en este capítulo, se hallaron un sinnúmero de sentencias sobre la materia.

6. Respecto del objetivo específico 3 se puede aseverar que las Cortes de cierre estudiadas no realizan un uso adecuado de las estructuras argumentativas tal y como fueron estudiadas en el capítulo correspondiente de esta investigación; en su lugar, y si bien es cierto, ofrecen argumentos válidos y lógicos en la mayoría de casos, no ejecutan un análisis estructurado de los mismos.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Identificar las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indicar las estructuras argumentativas que deben emplear los funcionarios jurisdiccionales en una decisión judicial.
- Identificar la argumentación jurídica que debe emplearse por parte de los operadores jurídicos con relación a la prueba ilícita.
- Relacionar las estructuras argumentativas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias proferidas desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, para decidir sobre la admisión de la prueba ilícita.

5. PROPÓSITO

El propósito de la presente investigación es realizar un aporte a nivel pragmático que necesariamente tendrá reflejo en el ámbito teórico; ese aporte de corte pragmático se reflejará en los planteamientos que se realizarán, entre otros, se graficarán las estructuras argumentativas y se analizarán los argumentos; a ellos los jueces podrán acudir al momento de verse avocados a resolver sobre la admisión de pruebas ilícitas. De allí que se genere un impacto en la comunidad jurídica, toda vez que de entrada la admisión de pruebas ilícitas es un tema que presenta bastantes variables así como posiciones, a lo que se suma el poco desarrollo que en Colombia tiene la materia; por otra parte, la teoría de la argumentación jurídica no ha sido lo suficientemente decantada en espacios prácticos, y se desconocen investigaciones de este corte en el ámbito que se estudiará⁵³⁴

⁵³⁴ A la fecha, y de conformidad con las búsquedas realizadas, no se vislumbran investigaciones de corte similar.

6. HIPÓTESIS

En principio no se planteó una hipótesis sobre la formulación elegida⁵³⁵ puesto que sólo se tendría un conocimiento sobre la misma al momento de adelantar la investigación; una vez realizada la misma se puede aseverar que las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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 no corresponden a esquemas formalmente establecidos como los de Stephen Toulmin o Manuel Atienza, sin embargo, en las providencias de los mencionados tribunales se ofrecen argumentos válidos por lo menos desde el punto de vista lógico formal; del mismo modo, no se preocupan por analizar la racionalidad externa de las premisas.

⁵³⁵ ¿Cuáles son las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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?

7. METODOLOGÍA

7.1. TIPO DE ESTUDIO

La investigación que se desarrolló fue del tipo teórico-analítico y práctico, toda vez que, con base en fuentes documentales se estudiaron los componentes de la argumentación que legitiman la adopción de decisiones en el sentido de admitir pruebas ilícitas por parte de los jueces y su racionalidad. La investigación tuvo la vocación de analizar cómo es y cómo se manifiesta ese fenómeno y sus elementos, estudió sus propiedades en una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia colombiana en el tiempo referido; siendo estos aspectos inherentes a la investigación teórica, además de haber realizado un estudio pormenorizado de las justificaciones interna y externa de la decisión, elementos mediante los que se demostraron el carácter analítico de la investigación así como el estudio de casuística que la erige en investigación práctica, todo ello, con base en el estudio de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional⁵³⁶ desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004.

7.2. POBLACIÓN

Esta se encontró conformada por las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004.

7.3. UNIDAD DE ANÁLISIS

⁵³⁶ Se debe señalar que a pesar de que se analizaron algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional identificando la ratio decidendi de las mismas, no se hallaron providencias que contuvieran decisiones de admitir pruebas ilícitas.

La unidad de análisis de la investigación fueron las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004

7.4. DISEÑO MUESTRAL

No existió diseño muestral ya que la poca cantidad de sentencias proferidas en el período permitían efectuar una revisión completa de las mismas.

7.5. DISEÑO DEL PLAN DE DATOS

7.5.1. GESTIÓN DEL DATO

El dato se gestionó de las siguientes maneras:

- Se acudió a bases de datos especializadas y a los buscadores de cada Corporación con el objeto de encontrar las sentencias en las que se motiva la admisión de pruebas ilícitas en el tiempo delimitado.
- Se visitaron las bibliotecas de la Universidad Libre seccional Pereira, la Fundación Universitaria del Área Andina de Pereira, la Universidad de Medellín y la Biblioteca Luis Ángel Arango en Bogotá con el objeto de consultar libros sobre la materia de difícil adquisición en el mercado y de alta relevancia para la investigación (VER ANEXO A).
- Se realizaron entrevistas a expertos en la materia, ellos fueron Jordi Ferrer Beltrán y Michele Taruffo. (VER ANEXO C)

7.5.2. OBTENCIÓN DEL DATO

El dato se obtuvo de diferentes fuentes, a saber:

Fuentes primarias: La obtención del dato estuvo a cargo del investigador, a través de las entrevistas efectuadas a expertos (VER ANEXO C), logrando contrastar las estructuras argumentativas usadas por los jueces con la teoría de la argumentación jurídica así como la validez interna y externa de las premisas constitutivas de la decisión.

Fuentes secundarias: Se adelantó la búsqueda de información en las bibliotecas relacionadas, así como en las bases de datos especializadas, de donde se obtuvieron sentencias, extractando de ellas la motivación que permitió, de una parte, cumplir con el objetivo general de esta investigación, y de otro, la obtención el dato a través de la lectura metódica de documentos sobre argumentación jurídica y prueba ilícita, de los cuales ha quedado constancia en fichas bibliográficas, textuales y resumen (VER ANEXOS E, F)

7.5.3. RECOLECCIÓN DEL DATO

La recolección del dato corrió por cuenta exclusiva del investigador en los años 2010 y 2011, en las ciudades de Pereira, Medellín y León (España) a través de fichas, por tal motivo no se requirió de capacitación de personal ni auxiliares para lograr evacuar el estudio de las providencias. Las entrevistas a expertos fueron ejecutadas por el investigador personalmente, aprovechando las visitas que estos realizaron a la Universidad de Medellín, igualmente se debe advertir que éstas fueron grabadas

7.5.4. CONTROL DE SEGOS

Sesgos de información en el sujeto

Toda vez que no existía por parte del investigador ningún tipo de tendencia por determinado resultado, no fue necesario realizar un control de sesgos.

Sesgos de información en el instrumento

Se sometieron las fichas tipo y las entrevistas a revisión de pares que dieron su punto de vista respecto de los eventuales sesgos.

Sesgos de selección

Ya que debido a la complejidad de la materia, se halló una cantidad mínima de providencias que se erigieron en objeto de estudio, se examinaron todas y cada una de ellas, no dejando campo, a sesgos de selección; por otro lado, se lograron evitar los sesgos de selección consultando bibliografía de toda índole, esto es, de diferentes corrientes de pensamiento y que tengan planteamientos distintos.

7.5.5. PROCESAMIENTO DE DATOS

Una vez terminada la recolección de datos, se procesaron los mismos a través de un cruce sistemático en el programa Word de Microsoft office a la luz de los objetivos y la hipótesis, teniendo siempre como foco director el marco teórico y siendo contrastados con el problema que da origen a la investigación.

Tal cruce de datos se realizó mediante conectores identificados en cada instrumento respecto de los objetivos específicos y la hipótesis; tales conectores entregaron un diagnóstico generalizado acerca de temas puntuales que se indagaron convirtiéndolos en información, una vez se obtuvieron los resultados de la investigación.

7.5.6. PRUEBA PILOTO

Para el aspecto práctico se refirieron cuatro sentencias proferidas por parte del Tribunal Constitucional español, concluyendo, de conformidad con los resultados obtenidos, que el objeto de estudio podía ser abordado.

7.5.7. PLAN DE ANÁLISIS

Se subdividieron los objetivos específicos y cada uno de ellos se les aplicó los instrumentos indicados, determinando las características y variables de cada uno, ello se hizo con la finalidad de ejecutar el análisis y discusión de los resultados; de otro lado, se confrontaron los objetivos para alcanzar el resultado. Este derrotero permitió medir los objetivos y plantear una hipótesis.

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORIAS	OBSERVACIONES
1. Indicar las estructuras argumentativas que deben emplear los funcionarios jurisdiccionales en una decisión judicial.	Fichas : -Bibliográficas -Análisis de sentencias. -Entrevistas a expertos.	INDICAR	Las entrevistas se efectuarán a personas expertas en el tema
2. Identificar la argumentación jurídica que debe emplearse por parte de los operadores jurídicos con relación a la prueba ilícita.	Fichas : -Bibliográficas -Análisis de sentencias - Providencia admisión de prueba ilícita - argumentos	IDENTIFICAR	
3.Relacionar las estructuras	Fichas :		

argumentativas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias proferidas desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 para decidir sobre la admisión de la prueba ilícita.	-Bibliográficas -Análisis de sentencias - Providencia admisión de prueba ilícita - argumentos	RELACIONAR	
--	--	-------------------	--

8. RESULTADOS

Con la finalidad de verificar el cumplimiento del objetivo general y los objetivos específicos y confeccionar la hipótesis, se tiene:

El objetivo general fue:

- Identificar las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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.

Observación:

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional no realizan un uso adecuado de las estructuras argumentativas tal y como fueron estudiadas en el capítulo correspondiente de esta investigación; en su lugar, y si bien es cierto, ofrecen argumentos válidos y lógicos en la mayoría de casos, no ejecutan un análisis estructurado de los mismos; éste, por lo general se agota en señalar la lógica formal del razonamiento del tribunal, nunca adentrándose o preocupándose por ofrecer motivos o razones por las cuales los enunciados deben ser considerados como racionales; ello puede ser predicado, tanto de la única providencia hallada a través de la cual se admitía una prueba ilícita, así como de las demás sentencias en las que no abordándose el tema, se logró observar las mencionadas falencias

Los objetivos específicos fueron:

1. Indicar las estructuras argumentativas que deben emplear los funcionarios jurisdiccionales en una decisión judicial.

Observación:

En el transcurso del proyecto de investigación se estudiaron, de una parte, las diferentes teorías de argumentación jurídica así como los aportes que diversos doctrinantes han realizado sobre la materia, y, de otro lado, se revisaron las estructuras argumentativas propuestas especialmente por dos de ellos⁵³⁷ y el modelo básico⁵³⁸ en el que concuerdan la mayoría de los que efectúan planteamientos sobre esta temática; en ese sentido, se consideró que, si bien es adecuada la forma básica de argumentación jurídica atinente a la lógica formal o interna de los enunciados y a la racionalidad de su contenido, la estructura argumentativa presentada por Stephen Toulmin ofrece los parámetros necesarios para determinar, junto a reglas referentes al manejo de la justificación externa razonados por Robert Alexy, la verdadera racionalidad de los argumentos, enunciados, premisas y tesis contenidas en las providencias proferidas por los operadores judiciales; esquema que en su manejo se presenta simple, a diferencia de aquel sugerido por Manuel Atienza, de ahí que se crea que ésta sea la estructura argumentativa que deban usar los funcionarios jurisdiccionales en una decisión judicial.

2. Identificar la argumentación jurídica que debe emplearse por parte de los operadores jurídicos con relación a la prueba ilícita.

Observación:

Se relacionaron, tal y como se señaló en el comentario sobre el objetivo específico 1, las diferentes teorías sobre argumentación jurídica y los aportes realizados por diversos autores que no confeccionaron una como tal, pero que con sus tesis

⁵³⁷ Stephen Toulmin y Manuel Atienza.

⁵³⁸ Justificación interna y justificación externa.

consolidaron los cimientos para que aquellas pudieran ser elaboradas; en esa línea, se identificaron los tipos de argumentos que se deben y de hecho se usan al momento de justificar una decisión judicial, así como las estructuras argumentativas y las reglas que en su elaboración se deben seguir; de igual modo, se destinó un capítulo al abordaje de la prueba ilícita, su concepto e historia, se hizo una revisión del derecho comparado sobre el tema, y un análisis de ésta en Colombia, así como la regla de exclusión y sus excepciones, tanto en el espectro nacional como en el internacional. Se concluyó que no existe, de un lado argumentación, y de otro, estructuras argumentativas especiales o específicas a usar al momento de decidir sobre la admisión de pruebas ilícitas; en efecto, la justificación que se debe usar en este tipo de decisión es la misma genérica que se implementa en todo tipo de decisiones sin considerar elementos adicionales; es decir, se deben, analizar la lógica intrínseca de los enunciados y la racionalidad de las mismas, todo ello siguiendo un modelo en el que se diseminan las premisas de conformidad con su naturaleza (estructura argumentativa de Toulmin), argumentación ligada a alguna de las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas revisadas (y por lo menos en Colombia, contenidas en la ley) o alguna nueva que eventualmente se pueda formular, siempre y cuando satisfaga criterios de racionalidad y razonabilidad.

3. Relacionar las estructuras argumentativas utilizadas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias proferidas desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, para decidir sobre la admisión de la prueba ilícita.

Observación:

Se revisaron la totalidad de sentencias y autos proferidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 en las que se abordaba el tema de la prueba ilícita, encontrando

que en muchas ocasiones este abordaje solo era retórico o perteneciente a la obiter dictum de la decisión, y que en otras tantas solo existían aisladas anotaciones al pie de página; entretanto que las providencias ricas en el tratamiento de la prueba ilícita solo se ajustaban a discursos conceptuales, nunca realizando análisis de casos concretos; es igualmente oportuno destacar que la mayor exponente de este tipo de providencias se hallaba fuera del espectro espacial estudiado (sentencia SU-159 de 2002). La única sentencia en la que se admite una prueba ilícita, ello en virtud de la excepción a la regla de exclusión de la fuente independiente es la proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 30711 del 27 de mayo de 2009. En el análisis de esta providencia se graficaron las estructuras argumentativas usadas por la Corte, no evidenciando coherencia entre lo pedido por el recurrente y lo decidido por el tribunal, así como no quedando claro el paso utilizado por el juez colegiado a la pretensión desde los argumentos que la sustentan; finalmente, se observó que la sentencia contenía una argumentación falaz.

Respecto de la hipótesis:

Como no se puede confirmar o refutar lo inexistente; es decir, la hipótesis no formulada, se buscó, por otra vía, estructurar un criterio que permitiera responder a la formulación⁵³⁹ realizada, obteniendo como resultado la aseveración según la cual, las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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 no corresponden a esquemas planteados doctrinalmente como los de Stephen Toulmin o Manuel Atienza, no obstante, en las providencias de los mencionados tribunales se observaron argumentos válidos por lo menos desde el

⁵³⁹ ¿Cuáles son las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba 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?

punto de vista lógico formal; del mismo modo, se afirma el desinterés por analizar la racionalidad externa de las premisas.

9. CONCLUSIONES

- Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional usan argumentos a efectos de justificar decisiones desde el punto de vista interno, la mayoría de los mismos siendo válidos solo a nivel lógico formal, del mismo modo, no ejecutan un análisis estructurado ni se ocupan de justificar la racionalidad de los mismos, esto es, de justificar externamente las premisas, ni de concatenarlos (estructurarlos) adecuadamente; por último, se debe aseverar que los tribunales de cierre mencionados no usan las estructuras argumentativas propiamente dichas⁵⁴⁰.
- El hecho de hallar solo una providencia en los tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional de Colombia mediante la que se admitió una prueba ilícita bajo los supuestos de una excepción a la cláusula de exclusión, se debe, de una parte, a la reciente inclusión en el ordenamiento jurídico interno de las disposiciones que contemplan estas excepciones, y, de otra, a las condiciones y criterios que regulan el abordaje de los recursos propios de cada tribunal; es decir, las normas que regulan la forma de acudir a la Corte Suprema de Justicia exigen una técnica reglamentaria en la confección de los recursos extraordinarios de casación, elemento angular y al que se le reviste de gran relevancia debido a excepcionalidad del recurso, lo que impide en muchos casos que se revise el asunto de fondo; y los cánones que disciplinan las competencias de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, que, por lo menos en principio, le impiden realizar ejercicios propios del juez ordinario como lo es la valoración de la prueba, al que se encuentra circunscrito el tema de la prueba ilícita. Son estas dos situaciones, las que por lo menos respecto de la admisión de la prueba ilícita diferencian las cortes de cierre de las jurisdicciones mencionadas en Colombia del Tribunal

⁵⁴⁰ Estructuras argumentativas de Stephen Toulmin y Manuel Atienza.

Constitucional español, en el que, contrario sensu de lo observado en este capítulo, se hallaron un sinnúmero de sentencias sobre la materia.

- Se evidenció una cantidad mínima de sentencias que tratan el tema de la prueba ilícita, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la Corte Constitucional y el tratamiento del tema en ellas se circunscribe en la mayoría de eventos al ámbito meramente conceptual y se halla esbozado en la obiter dictum del fallo; en otros casos se le refiere solo de manera aislada, en pies de página o correlacionándolo con casos análogos.
- La investigación arrojó que la estructura argumentativa⁵⁴¹ idónea para realizar un análisis de una decisión judicial es la que resulta de la unión entre el esquema argumentativo de Toulmin, el modelo de justificación interna y externa y las reglas que para cada una ha previsto Robert Alexy en su teoría (reglas de las formas simples y generales y las reglas de la carga de argumentación); de igual modo, se pudo establecer que las estructuras argumentativas que se deben usar en la decisión sobre la admisión de pruebas ilícitas no son diferentes a las estructuras argumentativas jurídicas ordinarias, y, por último, se concluyó que no se debe argumentar lo que es evidente.
- La inclusión constitucional de la nulidad de la prueba ilícita, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, respondió a criterios de disuasión, tal y como originalmente fue concebida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos; sin embargo, esta regla fue incluida con calidad de derecho fundamental en la Carta Magna.
- Si bien es cierto, no se puede afirmar que se pueden admitir y valorar pruebas ilícitas directas, no se puede descartar de plano la posibilidad de que eventualmente sean valoradas, toda vez que el efecto de disuasión con base en el cual la norma fue concebida, no viene siendo cumplido, de una

⁵⁴¹ concebida como aquel modelo diseñado para justificar afirmaciones, mediante el método deductivo

parte, y por otro, sigue estando en juego un fin tan caro como lo es la averiguación de la verdad.

- En términos generales se puede considerar que las excepciones a la regla de exclusión incluidas en el artículo 455 del Código de Procedimiento penal son razonables; no obstante y en razón a su textura abierta, deben ser estudiadas y analizadas en cada caso concreto.
- Aunque la excepción de buena fe no fue incorporada al ordenamiento procesal penal como causal de no aplicación de la regla de exclusión, existen razones fuertes para que sea eventualmente aplicada, argumentos desarrollados con base en la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

10.RECOMENDACIONES

- Debe revisarse la cláusula de exclusión en Colombia; es decir, se debe abrir el debate sobre si es adecuado mantener la disposición tal y como se encuentra hoy día establecida o tan siquiera, si se debe preservar; ello en razón a que el fundamento sobre el que se construyó; esto es, la disuasión a los efectivos del Estado de no trasgredir los derechos fundamentales, so pena del no uso de la prueba por estos medios obtenida, no está surtiendo efectos; o, en otros términos se podría repensar la medida en función del balance de dos principios o finalidades en pugna; en efecto, de una parte se tienen los derechos y garantías fundamentales, y, de otra, la averiguación de la verdad, que para el proceso en el marco de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica como el colombiano, resulta tan caro. En favor de la exclusión del ordenamiento jurídico de la regla, se puede esgrimir en la línea de proporcionalidad señalada, que se pueden salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados a través de otras medidas que pueden eventualmente ser más eficaces que la actual, tales como sanciones disciplinarias, penales y pecuniarias a imponer a quien o quienes incurrieron en la violación; salvaguardando de esta forma la finalidad en pugna de la averiguación de la verdad.
- Deben implementarse cursos mediante los que se instruyan a los jueces de la República respecto de una adecuada justificación de las decisiones que adoptan.
- Los jueces deben aplicar en sus decisiones estructuras argumentativas de modo tal que puedan evidenciar la racionalidad de los enunciados establecidos en éstas; se sugiere la aplicación del modelo de Toulmin, acompañado del sistema de justificación interna y externa y las reglas que para cada una propone Robert Alexy en su teoría (reglas de las formas simples y generales y las reglas de la carga de argumentación).

11.ÉTICA

En calidad de investigador, se respetaron las normas del derecho en la elaboración del proyecto, ante todo aquellas atinentes a los derechos de autor y propiedad intelectual, salvaguarda que se garantizó con la citación pertinente y adecuada de los autores que se usaron en la investigación, de igual modo, se actuó con la transparencia debida al realizar afirmaciones que solo se compadecen con la realidad; por otra parte, no existieron sesgos con ocasión de la búsqueda de una determinada conclusión para la investigación.

12. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales .Segunda edición. Madrid, 2007.

Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional.

AGUDELO, Martín. El proceso jurisdiccional. Bogotá: Librería jurídica Comlibros, segunda edición, Bogotá, 2007.

ALLEN, STUNTZ, HOFFMANN y LIVINGSTON, “Comprehensive criminal procedure”, Aspen Law & Business.

ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita (un estudio comparado). Madrid: Editorial Marcial Pons. 2009.

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera reimpresión. 2007.

AUSTIN, J.L., Cómo hacer cosas con palabras, Barcelona, Paidós Ibér., 1982.

BAIER, K., The moral point of view, Ithaca/London, 1958.

BOURSIER. M.E., le principe de loyauté en droit processuel, 2003.

BURROW, James. Reports of cases argued and adjudged in the Court of King's Bench during the time Lord Mansfield presided in that Court. W Clark and sons and J. Butterworth. Third edition, Vol. IV, London. 1812.

CAPPELLETTI, Mauro "Diritto di azione e difesa e Funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale" Giust. Cost., 1961

CAPPELLETTI, Mauro "Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte", en: La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: Ejea. 1972.

CARNELUTTI, Francesco. "Diritto dell' imputato agli sperimenti sul suo corpo" Riv. Dir. Proc., 1956.

CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires. 1952, V.II.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA. Prueba judicial, análisis y valoración. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Primera edición. 2008.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC. Quinta edición. 1995.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. La teoría de la conexión de antijuridicidad, en Estudios, Justicia democrática. Madrid: Editorial Trotta.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. La Doctrina de los Propios Actos. Barcelona: Bosch, 1963.

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

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Barcelona: Revista Catalana de seguretat pública. Mayo 2010.

EZQUIAGA, Francisco Javier. La argumentación en la justicia constitucional. Bogotá: Biblioteca jurídica Dike, colección profesores. 2008.

FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2003.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons. 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2ª edición, Madrid. 2005.

FETERIS, Eveline, traducción: Alberto Supelano. Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2007.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? En Revista Berbiquí, No.30, Noviembre de 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Teorías de la tópic jurídica. Madrid: Civitas. 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons. 2ª edición. 2004.

GÓMEZ-JARA, C. Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita. El caso Hudson vs. Michigan y el ocaso de la “Exclusionary Rule en EEUU” en Revista de Derecho y Procesal Penal, núm. 20, Aranzadi, 2008.

GRANADOS Peña, Jaime. Resumen de los comentarios al proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en el primer debate por la Comisión Primera de la Cámara de Representante. Bogotá. Enero 16 de 2004.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Madrid: Cátedra, 2ª edición, 1994.

HARE, R. M. El lenguaje de la moral. Ciudad de México. Universidad autónoma de México, 1975.

HART, Herbert Lionel Adolphus, traducción: Genaro R. Carrio. El concepto de derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 2007.

HAVERKATE, Henk. Actas del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas (1983). p. 685. Publicadas bajo la dirección de A. David KOSSOFF, José AMOR y VÁZQUEZ, Ruth H. KOSSOFF y Geoffrey W. RIBBANS.

HERRERO, de Miñón M. En torno a la aplicación de la Constitución, La constitución española y las fuentes de derecho, Vol. II, Madrid, 1979.

LAZZARO, G. Gli argomenti della Corte di casazione, en L'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione. Aspetti storici e metodologici (Seconde giornate internazionali di sociologia del diritto). Varese, Villa Ponti, 17-19 settembre 1971.

LEACH, Thomas. Cases in crown law determined by twelve judges; by the Court of King's Bench, and by the commissioners of oyer and terminer, and general gaol delivery; from the fourth year of George the second, 1730, to the fifty fifth year of George the third, 1815. Fourth edition, Vol. 1. London. 1815.

L. EDE, <<Rhetoric Versus Philosophy: The Role of the Universal Audience in Chaïm Perelman's The New Rhetoric>>, en Dearin, R. (ed.) The New Rhetoric of Chaïm Perelman. Statement and response, Lanhan, University Press of America, 1989.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. México: Editorial Porrúa. 3ª edición. 2003.

MANASSERO, María de los Ángeles. "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman" En Serna, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. Granada: Editorial comares. 2ª edición. 2005.

MANASSERO, M. A. La nueva Retórica de Chaïm Perelman y la tradición aristotélica, en actas del primer encuentro interdisciplinar sobre Retórica, Texto y Comunicación. Cádiz: Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz, 1994.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, décima cuarta edición. 2004.

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón. Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano en revista de derecho y ciencias sociales Misión Jurídica enero-diciembre de 2008.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica. Año 7, No. 10, septiembre de 1995, p. 22, en PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, décima cuarta edición. 2004.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado de la argumentación: La nueva retórica. Madrid: Gredos. 2009.

PERELMAN, Chaïm. El imperio retórico, retórica y argumentación. Bogotá: Norma. 2004.

PERELMAN, Chaïm. Retórica y argumentación. Bogotá: Editorial norma. Primera reimpresión. 2004.

PERELMAN, Chaïm. The New Rethoric, en: Pragmatics of Natural Language, ed. Por Y. Bar-Hillel, Dordrecht-Holland, 1971.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Traité de l'argumentation.

PERELMAN, CH. La lógica jurídica y la nueva retórica. Trad. Esp., Madrid: 1979.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. La prueba ilícita penal y su efecto reflejo. Análisis jurisprudencial. Fiscalía. Org.

SEARLE, J.R. Speech acts. An essay in the philosophy of Language. Cambridge, Cambridge University Press. 1969. p. 66 en HAVERKATE, Henk. Actas del VIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas (1983). p. 686. Publicadas bajo la dirección de A. David KOSSOFF, José AMOR y VÁZQUEZ, Ruth H. KOSSOFF y Geoffrey W. RIBBANS.

SEOANE, José Antonio. "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy". En Serna, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. Granada: Editorial comares. 2ª edición. 2005.

STEVENSON, Ch. L., Ética y lenguaje. Madrid: Paidós. 1984.

TARELLO, G. Teoría dell'interpretazione della legge. Bologna, 1974.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta. Madrid: Segunda edición. 2005.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis. Bogotá. 2006.

TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons. Madrid, 2008.

TOULMIN, St. E., El puesto de la razón en la ética. Madrid: Alianza. 1979.

TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. Barcelona: Editorial Península. Primera edición. 2007.

VIEHWEG, Th. Tópica y Jurisprudencia. Madrid: Taurus. 1964.

VIEHWEG. Theodor, traducción: Luis Díez Picazo Tópica y jurisprudencia. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch. 2007.

WITTGENSTEIN, L. tractatus lógicos-philosophicus. Madrid: Alianza. 1987.

SENTENCIAS

Colombia

Corte Suprema de Justicia

Proceso nº 12231, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta N°103 Bogotá, D. C. junio dieciséis (16) de dos mil (2000).

Proceso nº 14684, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Ricardo Calvete Rangel, Aprobado Acta N°060 Bogotá, D. C. abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Proceso nº 31900, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°266 Bogotá, D. C. agosto veinticuatro (24) de dos mil nueve (2009).

Proceso No 23284, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Bogotá D.C., mayo diez (10) de dos mil seis (2006).

Adición de voto a la sentencia de noviembre 9 de 2006, de la Sala de Casación Penal, M. P. Marina Pulido de Barón, en el asunto de radicación N° 23.327. Yesid Ramírez Bastidas

Expediente 30711 (27/05/2009), Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No. 153. Bogotá, D.C

Expediente 33621 (10/03/2010), Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 73. Bogotá, D.C

Proceso No 24293, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Aprobado Acta No 20, Bogotá, siete (7) de marzo de dos mil seis (2006).

Proceso No 25307 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. M.P.: Marina Pulido de Barón, Aprobado Acta No. 059. Bogotá D.C. junio veintidós (22) de dos mil seis (2006).

Proceso No 26481, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 83, Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007).

Proceso No 26842, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N° 053 Bogotá, D.C. dieciocho (18) de abril de dos mil siete (2007).

Proceso No 26265, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, aprobado Acta No. 125 Bogotá, D.C. dos (02) de noviembre de dos mil seis (2.006).

Proceso No. 23487, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.189 Bogotá, D. C. catorce (14) de julio de dos mil ocho (2008).

Proceso No 27774, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauro Sorlate Portilla, Aprobado Acta No: 181 Bogotá, D. C. veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007).

Proceso No. 28601, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz Aprobado Acta No: 348 Bogotá, D. C. dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

Proceso No 28616, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.07. Bogotá D.C. veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

Proceso No 28937, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No. 353 Bogotá, D. C. once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Proceso No 29416, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta No 98 Bogotá, D. C. abril 23 de dos mil ocho (2008).

Proceso No. 29873, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobada Acta N°185 Bogotá, D. C. julio diez (10) de dos mil ocho (2008).

Proceso No 29520, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 151 Bogotá, D.C. nueve de junio de dos mil ocho.

Proceso No 31127, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.144 Bogotá D.C. veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009).

Proceso No 31183, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 110. Bogotá, D.C. catorce (14) de abril de dos mil nueve (2009).

Proceso No 32193, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 331 Bogotá, D. C. octubre veintiuno (21) de dos mil nueve (2009).

Proceso No 32299, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Aprobado Acta N°036 Bogotá, D. C. febrero nueve (9) de dos mil once (2011).

Proceso No 34312, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza, Acta No. 41 Rad. No. 34312 Bogotá, D.C. doce (12) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Proceso No 28069, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 162. Bogotá, D. C. septiembre seis (6) de dos mil siete (2007).

Proceso No 28822, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: María Del Rosario González De Lemos, Aprobado Acta No. 245 Bogotá D.C. diciembre cinco (5) de dos mil siete (2007).

Proceso No 28888, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta No.28 Bogotá, D. C. trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

Proceso No 31500, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N°287 Bogotá, D. C. septiembre catorce (14) de dos mil nueve (2009).

Proceso n.º 33570, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas Aprobado Acta N° 286 Bogotá, D. C. septiembre ocho (8) de dos mil diez (2010).

Proceso n° 34894, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°371 Bogotá, D. C. noviembre diecisiete (17) de dos mil diez (2010).

Proceso n° 22887, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°181 Bogotá, D. C. septiembre veintiséis (26) de dos mil siete (2007).

Proceso n° 28371, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N°070 Bogotá, D. C. marzo treinta y uno (31) de dos mil ocho (2008).

Proceso nº 29822, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°348 Bogotá, D. C. diciembre dos (02) de dos mil ocho (2008).

Proceso nº 24268, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauro Solarte Portilla, Aprobado Acta N°139 Bogotá, D. C. noviembre once (11) de dos mil seis (2006).

Proceso nº 18103, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Edgar Lombana Trujillo, Aprobado Acta N°014 Bogotá, D. C. marzo dos (02) de dos mil cinco (2005).

Proceso nº 23284, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°112 Bogotá, D. C. octubre cinco (05) de dos mil seis (2006).

Proceso nº 25917, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha, Aprobado Acta N°224 Bogotá, D. C. agosto doce (05) de dos mil ocho (2008).

Proceso nº 31073, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°191 Bogotá, D. C. julio primero (01) de dos mil nueve (2009).

Proceso nº 34418, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°361 Bogotá, D. C. noviembre cuatro (04) de dos mil diez (2010).

Proceso nº 32829, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°82 Bogotá, D. C. marzo diecisiete (17) de dos mil diez (2010).

Proceso nº 23327, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Marina Pulido de Barón, Aprobado Acta N°128 Bogotá, D. C. noviembre nueve (09) de dos mil seis (2006).

Proceso nº 21483, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Mauricio Solarte Portilla, Aprobado Acta N°021 Bogotá, D. C. abril seis (06) de dos mil cinco (2005).

Proceso nº 24252, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°095 Bogotá, D. C. junio trece (13) de dos mil siete (2007).

Proceso nº 27594, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Aprobado Acta N°217 Bogotá, D. C. julio quince (15) de dos mil nueve (2009).

Proceso nº 29853, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°247 Bogotá, D.C. Agosto veintinueve (29) de dos mil ocho (2008).

Proceso nº 17503, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Edgar Lombana Trujillo, Aprobado Acta N°247 Bogotá, D.C. Abril veintisiete (27) de dos mil cinco (2005).

Proceso nº 24012, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°048 Bogotá, D.C. Mayo dieciocho (18) de dos mil seis (2006).

Proceso nº 18451, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Herman Galán Castellanos, Aprobado Acta N°059 Bogotá, D.C. Julio ocho (08) de dos mil cuatro (2004).

Proceso nº 21529, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Javier Zapata Ortiz, Aprobado Acta N°093 Bogotá, D.C. Septiembre siete (07) de dos mil seis (2006).

Proceso nº 31510, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, Aprobado Acta N°141 Bogotá, D.C. Mayo siete (07) de dos mil diez (2010).

Proceso nº 26310, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta N°073 Bogotá, D.C. Mayo dieciséis (16) de dos mil siete (2007).

Proceso nº 32422, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, Aprobado Acta N°073 Bogotá, D.C. Marzo diez (10) de dos mil diez (2010).

Proceso nº 30838, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, Aprobado Acta N°233 Bogotá, D.C. Julio treinta y uno (31) de dos mil nueve (2009).

Proceso nº 31900, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°266 Bogotá, D.C. Agosto veinticuatro (24) de dos mil nueve (2009).

Proceso nº 30261, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta N°229 Bogotá, D.C. Agosto catorce (14) de dos mil ocho (2008).

Proceso nº 33901, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés, Bogotá, D.C. Septiembre veintiuno (21) de dos mil diez (2010).

Sentencia No 13 de 1990, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia. M.P.: Gustavo Gómez Velásquez.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 17 de septiembre de 1985, M.P.: Firillo Porras.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 16 de noviembre de 1994, expediente 8362.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 27 de septiembre de 2002, expediente 17393.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 19 de diciembre de 2001, expediente 15498.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 20 de mayo de 1997, expediente 9591.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 23 de julio de 2001, expediente 13810.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 27 de abril de 1999, expediente 14684.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 16 de octubre de 2002, expediente 18398.

Sentencia de la Sala de Casación Penal de 27 de agosto de 1998.

Corte Constitucional

Sentencia T-266 de 2005 de la Corte Constitucional M.P: Jaime Araujo Rentería.

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

Sentencia T-351 de 30 de Agosto de 1993.

Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-372 de 1997, Corte Constitucional. M.P.: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-491 de 1995, Corte Constitucional. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-233 de 2007, Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-916 de 2008, Corte Constitucional. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-146 de 4 de marzo de 2010, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-1246 de 11 de diciembre de 2008, Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-590 de 27 de agosto de 2009, Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Auto 181 de 12 de julio de 2007, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas.

Auto 045 de 09 de marzo de 2011, Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa.

Aclaración de voto del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia C-210 de 2007, Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

España

Sentencia TC 36 /1982.

Sentencia TC 180/1987.

Sentencia TC 81/1988.

Sentencia TC 263/1998.

Sentencia TS, sala de lo Penal 7314 de 23 de diciembre de 2010.

Sentencia TS, sala de lo Penal, 2417/1995. Ponente: Manuel García Miguel.

Sentencia TS, sala de lo Penal, 1151/2002.

Sentencia TC 86/1995

Sentencia TC 114/1984

Sentencia TC 08/2000

Sentencia TC 107/1985

Sentencias TC 180/1987

Sentencia TC 263/1998.

Sentencia TS, sala de lo Penal de 29 de marzo de 1990.

Sentencia TS, sala de lo Penal, 7314/2010.

Estados Unidos

116 U.S. 616. (1886)

232 U.S. 383. (1914)

250 U.S. 385. (1920)

251 U.S. 385 (1920)

439 U.S. 128. (1978)

443 U.S. 31. (1979)

448 U.S. 98. (1980)

468 U.S. 897. (1984)

467 U.S. 431. (1984)

468 U.S. 897 (1984)

547 U.S. 586. (2006)

555 U.S. 135 (2009)

277 U.S. 438 (1928)

428 U.S. 465 (1976)

CONSTITUCIONES Y LEYES

Constitución Política de Colombia de 1991 (promulgada el 4 de julio de 1991).

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (carta de derechos propuesta el 25 de septiembre de 1789 y promulgada el 15 de diciembre de 1791).

Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (reforma y adición del decreto de 18 de junio de 2008).

Constitución de Brasil de 5 de octubre de 1988.

Constitución española de 1978.

Carta Magna de 1215 (Magna Carta Libertatum sancionada por el rey Juan I de Inglaterra el 15 de junio de 1215).

Ley 600 de 2000 publicada en el Diario Oficial de Colombia No 44.097 de 24 de julio de 2000.

Acto Legislativo de Colombia No 03 del 20 de diciembre de 2002.

Ley 906 de 2004 de Colombia publicada en el Diario Oficial No. 45.657 de Agosto 31 de 2004

Ley 1312 de 2009 de Colombia promulgada el 9 de julio de 2009

GACETA CONSTITUCIONAL

Gaceta Constitucional No 4.

Gaceta Constitucional de Colombia No 51.

Gaceta Constitucional de Colombia No 82.

Gaceta Constitucional de Colombia No 126.

Gaceta Constitucional de Colombia No. 137.

GACETA DEL CONGRESO

Gaceta del Congreso núm. 339 del 23 de julio de 2003.

Gaceta del Congreso núm. 89 de marzo de 2004.

CONFERENCIAS

Conferencias Módulo “La verdad y la prueba, aspectos problemáticos”, especialización en derecho procesal contemporáneo, impartido en la Universidad de Medellín los días 24, 25 y 26 de Febrero de 2011.

OTROS

Oficio 167 de abril 16 de 2002 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile a los fiscales regionales del país.

Acto legislativo 03 De 19 de Diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial No 45.040

Diario Oficial de Colombia No 45.040.

Diario Oficial 45.657 de 31 de agosto de 2004.

Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, Cámara de Representantes y publicado en la Gaceta 134 de 2002.

Debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991, Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional.

INTERNET

<http://cvc.cervantes.es> consultada el 21 de octubre de 2010 a las 11:00 p.m.

<http://www.iberletras.com> consultada el 21 de octubre de 2010 a las 11:30 p.m.

<http://www.law.cornell.edu> consultada el 6 de marzo de 2011 a las 6:00 p.m.

<http://www.mailxmail.com> consultada el 21 de febrero de 2011 a las 11:43 p.m.

<http://supreme.justia.com> consultada el 21 de febrero de 2011 a las 9:11 p.m.

<http://www.oyez.org> consultada el 21 de febrero de 2011 a las 11:51 P.M.

<http://www.corteconstitucional.gov.co> consultada el 22 de julio de 2011 a las 2:35 p.m. y entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

<http://www.cortesuprema.gov.co> consultada entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

<http://www.lexbase.com> consultada entre el 27 y 28 de mayo de 2011.

<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Consulta/Jurismateria/Sistema%20Penal%20Acusatorio/INDICE%20SISTEMA%20PENAL%20ACUSATORIO.pdf>,

consultada el 28 de mayo de 2011 a las 3:12 p.m.

13.ANEXOS**LISTA DE ANEXOS CUADERNO 2**

	Pág.
ANEXO A. Cartas	2
ANEXO B. Formato entrevistas	4
ANEXO C. Entrevistas a expertos	5
ANEXO D. Prueba Piloto	16
ANEXO E. Fichas Bibliográficas	63
ANEXO F. Fichas sentencias	120
ANEXO G. CD entrevistas	140
