

LA PRUEBA ILÍCITA EN LA LEY 906 DE 2004 Y SU EXCLUSIÓN

**LEONARDO QUEVEDO CASTILLO
MILCIADES GUERRA MORENO
ALFONSO MARTINEZ SALCEDO**

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C.
2012**

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

La Universidad Libre, en su esfuerzo por educar y humanizar a los estudiantes dentro de una existencia en igualdad, equidad y justicia.

A todo el cuerpo de docentes , directivas y al Dr. Yesid Viveros Castellanos, por su asesoría constante, orientación y dedicación para el fortalecimiento de la presente monografía.

**AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE**

Fundador:

General Benjamín Herrera

Presidente Nacional:

Dr. Luís Francisco Sierra

Rector Nacional

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor Nacional

Dr. Antonio José Lizarazo

Secretario General

Dr. Pablo Emilio Cruz Samboni

Presidente Seccional

Dr. Eurípides de Jesús Cuevas

Rector Seccional

Dr. Fernando Dejanón Rodríguez

Decano

Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora

Secretario Académico:

Dr. Álvaro Aljure Moreno

Director Instituto de Posgrados

Dr. Carlos Bernardo Medina Torres:

Director de Tesis

Dr. Yesid Viveros Castellanos

TABLA DE CONTENIDO

	pag.
INTRODUCCIÓN	9
1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS	11
1.1 PROBLEMA	11
1.2 HIPÓTESIS	11
1.3 JUSTIFICACIÓN	11
1.4 OBJETIVOS	14
1.4.1 Objetivo general	14
1.4.2 Objetivos específicos	14
1.5 RESULTADOS ESPERADOS	15
2. MARCO TEÓRICO	16
2.1 LA PRUEBA ILÍCITA, CONCEPTO Y FUNDAMENTO	16
2.1.1 Concepto	16
2.2 FUNDAMENTO: GARANTISMO O EFICIENTÍSIMO	32
2.3 TEORÍAS DE LA PRUEBA ILÍCITA	34
2.3.1 Doctrina de los frutos del árbol envenenado	35
2.3.2 Doctrina del entorno jurídico	39
2.3.3 Doctrina del principio de proporcionalidad	40
3. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	43
3.1 RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA ILÍCITA	43
3.1.1 Los derechos fundamentales y la prueba ilícita	44
3.2 SISTEMA ACUSATORIO Y PRINCIPIOS DE LA PRUEBA	48

3.3	EL RÉGIMEN LEGAL DE LA PRUEBA ILÍCITA	51
3.3.1	Ilicitud de la prueba derivada y sus excepciones	52
3.3.2	Ilicitud de la prueba derivada y sus excepciones	54
3.3.2.1	El vínculo atenuado	55
3.3.2.2	La fuente independiente	57
3.3.2.4	El descubrimiento inevitable	59
4.	NULIDAD PROCESAL DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA	65
4.1	NULIDAD: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN	65
4.2	INEXISTENCIA: CONCEPTO	68
4.3	DIFERENCIA ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA	68
4.4	NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	69
5.	OPORTUNIDADES PROCESALES PARA LA EXCLUSIÓN PROBATORIA	74
5.1	ADMISIÓN PROBATORIA: CONCEPTO	74
5.2	EXCLUSIÓN PROBATORIA: CONCEPTO	75
5.3	DIFERENCIA ENTRE INADMISIÓN Y EXCLUSIÓN PROBATORIA	76
5.4	EL ENCARGADO DE EXCLUIR LAS PRUEBAS ILÍCITAS	77
5.5	EL ESCENARIO PROCESAL DE EXCLUSIÓN PROBATORIA	79
5.6	LOS MOTIVOS FUNDADOS Y LA EXCLUSIÓN PROBATORIA.	82
5.6.1	Motivos fundados	82
5.6.2	Exclusión probatoria por inexistencia de motivos fundados	82
6.	LA PRUEBA ILÍCITA Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LAS LEYES 600 DE 2000 Y 906 DE 2004	89

6.1	JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA	89
6.2	JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	95
	CONCLUSIONES	108
	BIBLIOGRAFÍA	119

INTRODUCCIÓN

La presente investigación sobre la evidencia y prueba ilícita, frente a su exclusión prevista en la Ley 906 de 2004, se orienta no a solucionar un problema jurídico concreto, sino a plantear la existencia de una controversia doctrinal y jurisprudencial, sobre el concepto de elemento material probatorio, evidencia física, información y prueba ilícita e ilegal, el estadio procesal para su exclusión y el funcionario competente para ello.

El trabajo encuentra justificación en el interés que existe en la práctica judicial, de lograr aclarar, y en lo posible aportar, a la creación de una línea doctrinal, para determinar la posibilidad que el mismo ente investigador y acusador pueda excluir la evidencia o “prueba” ilícita e ilegal, desde las etapas de indagación e investigación, y con mayor razón los Jueces con función de control de garantías, quienes deben excluir tales elementos sin esperar arribar a la sede de juzgamiento, concretamente la Audiencia Preparatoria, reservando tal facultad al Juez de Conocimiento, máxime cuando desde los inicios de la actuación “procesal” se adoptan decisiones que afectan Derechos fundamentales, entre otros la libertad y la intimidad, con base en elementos materiales probatorios y evidencia física que muchas veces pueden resultar ilícitas.

De igual manera, se analizarán los conceptos de admisión y exclusión probatoria, señalando sus diferencias y consecuencias.

De manera paralela, se estudiará la noción de nulidad procesal y su procedencia excepcional, en lo que compete con las pruebas ilícitas e ilegales, todo dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, el cual se fundamenta en el total respeto de la Dignidad Humana, lo que vincula a los operadores judiciales a soportar, sobre elementos concretos y objetivos, los motivos para adoptar una decisión, dentro de una actuación judicial, al afectarse o limitarse derechos y

garantías fundamentales de las personas presuntamente autoras o partícipes de una conducta punible.

Finalmente, se fijarán los conceptos que sobre prueba ilícita y su exclusión probatoria tienen en la actualidad las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, así como la oportunidad procesal para solicitarla y decretarla a más de fijar posición respecto a la declaratoria de exequibilidad de las excepciones consagradas a la regla de exclusión.

En este orden de ideas, se presenta una monografía, en la que se esboza la situación jurídica procesal del concepto y desarrollo de la prueba ilícita e ilegal, sus excepciones, y la no pacífica controversia respecto del momento procesal oportuno para la exclusión probatoria y el funcionario competente para ordenarla, punto sobre el cual se toma posición soportada en desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, según la cual, la misma opera en cualquier momento de la actuación judicial y por ende debe ser ordenada por el funcionario competente, de acuerdo a la instancia en que se presente.

1. PROBLEMA, HIPÓTESIS, JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

1.1 PROBLEMA

Evidencia y prueba ilícita: ¿en que momentos procesales es viable su exclusión?

1.2 HIPÓTESIS

No es necesario esperar que la evidencia ilícita llegue al juicio, para que proceda su exclusión como prueba ilícita.

1.3 JUSTIFICACIÓN

Es de especial interés para la práctica judicial, lograr aclarar y en lo posible crear una línea doctrinal y jurisprudencial, para determinar la posibilidad que el mismo ente acusador pueda excluir la evidencia o “prueba” ilícita, y con mayor razón los Jueces con función de control de garantías, ya que estos desde los inicios de la actuación “procesal”, adoptan decisiones que afectan Derechos fundamentales, principalmente la Libertad, con base en elementos materiales probatorios y evidencia física, que muchas veces pueden resultar ilícitas, pero que por práctica Judicial se considera que solamente se puede solicitar su exclusión en la audiencia preparatoria.

Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidades del Proceso con tendencia acusatoria que opera en nuestro País, es importante estudiar y precisar las facultades Constitucionales y Legales del Juez con función de Control de Garantías, en relación con la “PRUEBA ILÍCITA”, ya que sobre esta se pueden estar soportando decisiones Judiciales, con trascendencia en la afectación de Derechos Fundamentales (libertad, intimidad etc.) que se están definiendo en su

estudio única y exclusivamente para la audiencia preparatoria, lo cual desde nuestro punto de vista, se considera inoportuno, teniendo en cuenta la Función de garantía de los Derechos Fundamentales que debe asumir el Juez que cumple dichas tareas, esto es de Garantías y de conocimiento, pues igual son de orden Constitucional.

En el curso de una investigación penal, cabe la posibilidad que el ente investigador y sus auxiliares (policía judicial), requieran realizar diligencias que afecten derechos fundamentales, como lo son el allanamiento y la interceptación de comunicaciones.

Es el propio texto constitucional el que se encarga, con carácter vinculante, de exigir límites y requisitos para la práctica de dichos actos de investigación.

Se tiene entonces, por ejemplo, el inciso 3º del artículo 15 de la Carta Política¹, el cual de manera categórica prescribe que, más allá de las formalidades que establezca la ley, para interceptar cualquier tipo de comunicaciones (correspondencia física, comunicaciones telefónicas, etc.) es menester contar con orden judicial, esto es, los funcionarios de policía judicial, ni ningún otra autoridad, puede bajo su propia decisión y arbitrio entrar a intervenir o auscultar las comunicaciones de las personas, independientemente del fin que se persiga. Igual sucede con la posibilidad de hacer allanamientos y registros en el domicilio².

Ahora bien, el régimen constitucional central de la prueba ilícita se encuentra en el artículo 29 Constitucional. Éste prevé en su última parte la regla: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta norma

¹ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer, 2009, Art. 15, inc.3º.

“La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

² Ibíd., Art. 32º.

conlleva que en nuestro sistema jurídico –incluso con anterioridad a la existencia de la Ley 906 de 2004- la manera de valorar y otorgar una consecuencia jurídica a una prueba ilícita, no es el sistema continental europeo de declaratoria judicial de nulidad, sino el inspirado en la filosofía jurídica anglosajona de la exclusión de la prueba. En este sentido, la doctrina ha señalado al decantar la histórica sentencia SU 159 de 2002 de la Corte Constitucional, que a su vez construyó teoría entorno a la disposición constitucional antes referida:

(...) Dicha norma no consagra, frente a la prueba ilícita, un régimen de nulidades, a la manera del sistema continental europeo, propio de los países de tradición romana, como Italia y Francia, con libertad del juez para apreciar la extensión de los efectos de la prueba ilícita principal a la derivada; ni tampoco un régimen discrecional, como el de Alemania, en donde el juez tiene la potestad para ponderar o desestimar la prueba ilícita principal o la derivada; sino una clara regla de exclusión de la prueba ilícita principal y los efectos de ésta no se extienden a la derivada, inconstitucional e ilegal, siguiendo el modelo del sistema anglosajón y americano³.

Así entonces, del pilar del régimen probatorio constitucional, se tiene que “[l]a prueba ilícita debe, físicamente, expulsarse del proceso”. La exclusión probatoria debe ser entendida como aquella “institución probatoria, según la cual, en un juicio penal no puede resultar admitida la evidencia producto de una actividad ilegal realizada por las autoridades de persecución penal o sus agentes”.

En similar sentido, ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

(...) La incorporación al proceso de prueba obtenida en cualquiera de esas indeseables circunstancias determina su indefectible exclusión y, como se dijo en el mismo pronunciamiento, impide que haga parte del acervo probatorio materia de examen por parte del juez para resolver el asunto puesto a su conocimiento. (...)⁴.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de Conformidad con el Decreto 2770 de 2004)”. En: Diario Oficial N° 45658 de septiembre 1 de 2004.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Rad.24102 del 23 de abril de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa.

Entonces, lo que se podría denominar el “debido proceso probatorio” (por tener que ver en estricto sentido el tema de la prueba ilícita con el derecho fundamental y la estructura del debido proceso) guarda una cercana relación con el concepto de dignidad humana, por tener que ver con los derechos fundamentales, o lo que es igual, con las razones sin las cuales no se podría predicar la dignidad del ser humano, el cual es el trasfondo dogmático y filosófico de principio de legalidad de la prueba o, lo que es lo mismo, la prohibición de la prueba ilícita.

Así pues, es claro que el tema de la prueba ilícita, su concepto y consecuencias, son un tema más constitucional que legal.

En ese orden de ideas, se considera que si bien técnicamente en las audiencias preliminares no se puede hablar de prueba en sentido estricto, si sería válido plantear la exclusión de evidencia, elementos materiales probatorios o información ilícita, para hacer viable su exclusión en estos estadios “procesales” y que el Juez de control de garantías proceda de conformidad, en cada caso particular y no permitir su aducción y sustento para tomar decisiones judiciales que comprometan derechos fundamentales.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general. Determinar conceptualmente que es evidencia y prueba ilícita y en qué momentos procesales es viable su exclusión.

1.4.2 Objetivos específicos.

- Establecer la competencia y facultades de la Policía Judicial, el Fiscal y el Juez con función de control de garantías para la exclusión de la “prueba ilícita”.

1.5 RESULTADOS ESPERADOS

Presentar el problema planteado y en especial crear interés, tanto en la doctrina nacional, como en la Jurisprudencia, en el establecimiento de una conciencia jurídica de la trascendencia constitucional y la incidencia procesal de la necesidad de respetar y garantizar los derechos fundamentales, en la obtención e incorporación procesal de elementos materiales probatorios, evidencia e información que a la postre servirán de prueba dentro de un proceso penal.

En ese propósito se definirá qué es evidencia y prueba ilícita, se establecerá y expondrá en qué momentos procesales es viable la exclusión, tanto de la evidencia como de la prueba ilícita.

Trabajo que se pretende publicar en la revista de la Universidad Libre Facultad de Derecho.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 LA PRUEBA ILÍCITA, CONCEPTO Y FUNDAMENTO

2.1.1 Concepto. Es menester, previo a abordar el tema de la prueba ilícita y su concepto, definir que se entiende por Elemento Material Probatorio (EMP) y Evidencia Física (EF) así como la diferencia entre estos y la prueba.

Para todos los efectos, se asiste a la doctrina, el Dr. Mora Izquierdo⁵, manifiesta que el investigador debe tener conocimiento profundo sobre estas distintas formas de interacción, de las que se desprenden maneras diferentes de entender una escena del crimen. Acudiendo literalmente al Diccionario Ingles la define como; “base objetiva de una observación”, concluyendo entonces los autores⁶, que la evidencia física es “elemento tangible, que permite, objetivar una observación”. En otras palabras, la evidencia física debe entenderse como; “el conjunto de elementos, grandes y pequeños, de naturaleza diversa, y de variado origen, que proviene de la escena, que sirve para objetivar la observación y que encierra un gran potencial investigativo, porque sirvió para cometer el hecho o es una consecuencia del mismo”.

Evidencia Frágil⁷: “entendiéndose bajo esta denominación aquella huella física o mental altamente susceptible de deteriorarse, alterarse, modificarse o perderse, en poco tiempo. Por ejemplo un testigo puede olvidar detalles importantes de lo

⁵ MORA IZQUIERDO, Ricardo y SANCHEZ PRADA, María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el Procedimiento Acusatorio. Bogotá: Editores Gráficos Colombia Limitada, 2007, p. 70-138.

⁶ MEDICINE BASED IN EVIDENCE. WORKING GROUP. “Guías de usuario de literatura medica”. En: Revista Jama. Edición Española, 1997.

⁷ SÁNCHEZ, María Dolores. Las buenas practicas en la investigación del asalto sexual”. En: Revista VERBA IURIS (LA PALABRA DEL DERECHO). Universidad Libre, 2009. Consultado el [julio 10. 2009]. Disponible en <<http://ipdvirtual.unilibre.edu.co/ipdvirtual/file.php/1/Publicaciones/>>

que vio, solo por efectos del paso del tiempo, o una mancha biológica a la intemperie”.

Por su parte, respecto del Elemento Material Probatorio, manifiestan los autores que: “Es cualquier cosa que tiene vocación probatoria, es decir que probablemente se convertirá en prueba durante el juicio oral⁸”.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre Elemento Material Probatorio y Evidencia Física, expreso:

Por elementos materiales probatorios y evidencia física el código entiende los relacionados en el artículo 275, y los similares a ellos que hayan sido descubiertos, recogidos y custodiados por la fiscalía directamente, o por conducto de sus servidores de policía judicial o de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente; y los obtenidos por la defensa en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 267, 268, 271 y 272 “ejusdem”.

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente “averiguatorias”.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso⁹.

⁸ LUNA GUERRERO, Jaime Elías. Diferencia entre prueba, elemento material probatorio y evidencia física, 2010. Consultado el [julio 10. 2011]. Disponible en <<http://derechoprocesal-luna-guerrero.blogspot.com/>>

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Revisión del 15 de Octubre de 2008. Radicado 29626. M.P. José Leónidas. Bustos Martínez.

Por último, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁰, se define prueba como:

“La justificación de la verdad de los hechos, controvertidos en un juicio, realizada por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley” a lo que la doctrina agrega¹¹, que “es el convencimiento que adquiere el Juez acerca de lo acontecido en los hechos que se investigaron y después de haber examinado la evidencia física y los elementos materiales probatorios, y de haber escuchado en el juicio oral tanto la teoría del caso de cada una de las partes, como a los testigos interrogados y contra interrogados, citados como medio de conocimiento para sustentar dichas hipótesis probatorias”.

Concluyendo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que:

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

En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionales previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantía¹².

Con fundamento en lo anterior, puede afirmarse, que tanto la evidencia física como el elemento material probatorio, se constituyen, *per se*, en un principio de prueba, que desde su obtención debe someterse a la legalidad, por parte de el encargado de su recolección, embalaje, rotulado, custodia y preservación, para que pueda ser utilizado y presentado por la parte interesada, desde las audiencias preliminares, para sustentar sus pretensiones o contra argumentaciones, ante el

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa-Calpe S.A. 2001.

¹¹ MORA IZQUIERDO y SANCHEZ PRADA, Op. cit., p. 70 - 138.

¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Revisión del 15 de Octubre de 2008, Op. cit.

Juez de Control de Garantías, V.gr., acreditar un motivo fundado de autoría o participación en procura de la afectación de un derecho fundamental.

No todo elemento material probatorio o evidencia física, necesariamente debe convertirse en prueba, entendida esta como la practicada en juicio oral, pues ello, depende de la teoría del caso propuesta por la parte que la ostentará, es decir, solo está llamada a convertirse en prueba, aquella evidencia o elemento material probatorio, que el litigante descubra, para sustentar su hipótesis, superando los filtros, Constitucionales y Legales, esto es, el control que se encuentra obligado a efectuar el propio interesado, pasando por las audiencias preliminares de control previo y posterior, en los casos exigidos en la ley, audiencias de acusación, preparatoria y finalmente en la audiencia de juicio oral, donde se someterá a los principios de inmediación, concentración, publicidad y contradicción.

La relevancia jurídico procesal del elemento material probatorio o evidencia física, en nuestro medio es tan importante, en cuanto a su licitud y legalidad, al punto que, sobre los mismo se sustentan decisiones judiciales que afectan derechos y garantías fundamentales del individuo, máxime cuando sobre estos, se puede proferir una sentencia de carácter condenatorio, sin siquiera haber adquirido la connotación de prueba, tal y como ocurre en los eventos de allanamiento a cargos y a los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y Defensa. De tal suerte que se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que en el sistema penal vigente, se puede condenar a una persona, sin prueba, en estricto sentido.

Al anterior tópico, vale la pena agregar, que contando solo con elementos materiales probatorios y evidencias físicas, se puede aún, sin investigación formal, condenar a una persona, tal es el caso de los elementos materiales y evidencia física recopilados en etapa de indagación preliminar que son develados en audiencia de imputación y que motivan el allanamiento a cargos por parte del imputado, e incluso, cuando después de la audiencia de imputación y hasta la

formulación de la acusación, llegando a audiencia de juicio oral, no se efectúa por parte de la Fiscalía, ninguna otra actividad investigativa, distinta a la efectuada en la etapa de indagación.

Sobre el tema de la prueba y su clasificación¹³; Devis Echandía (1994:177-184) nos dice que la prueba se puede clasificar de la siguiente forma:

- De acuerdo a su finalidad:
 - a. Prueba de descargo o exculpatoria: es aquella que persigue acreditar la inocencia del encartado. También se le denomina contra prueba o prueba contraria.
 - b. Prueba de cargo o incriminatoria: es aquella dirigida a demostrar la culpabilidad del encartado en un hecho delictivo.
 - c. Pruebas sustanciales: persiguen demostrar la validez o existencia de un acto jurídico de naturaleza material. Por ejemplo: escritura pública de compraventa.
 - d. Pruebas formales: su papel se circunscribe únicamente al campo procesal.

- De acuerdo a su ilicitud o licitud:
 - a. Pruebas ilícitas: son aquellas que han sido recabadas e incorporadas al proceso penal por medio de una trasgresión a una norma constitucional o procesal.
 - b. Pruebas lícitas: su validez y eficacia probatoria se encuentran garantizadas por su estricto apego al debido proceso.

¹³ <http://www.mailxmail.com/curso-prueba-materia-penal/clasificacion-pruebas>.

- De acuerdo con su resultado:
 - a. Prueba plena: es una sola prueba que le proporciona al juzgador la suficiente convicción. También se le denomina prueba completa o perfecta.
 - b. Prueba semiplena: el juez necesita que la única prueba sea complementada con otros elementos probatorios para llegar a la convicción. Se le llama prueba incompleta o imperfecta.

- De acuerdo con su utilidad:
 - a. Pruebas útiles: constituyen un apoyo que le permite a la autoridad jurisdiccional obtener la convicción con respecto a hechos que son relevantes en el proceso penal.
 - b. Pruebas inútiles: no prestan ningún servicio o auxilio al juez.
 - c. Pruebas posibles: pueden practicarse sin problema alguno.
 - d. Pruebas imposibles: no existe posibilidad alguna para realizar su práctica.
 - e. Pruebas conducentes: son aquellas aptas para que el juez llegue al convencimiento, en relación con el hecho al que hace mención la misma prueba.
 - f. Pruebas inconducentes: son contrarias a lo anterior.
 - g. Pruebas pertinentes: tienen relación con el hecho que se pretende probar.
 - h. Pruebas impertinentes: no guardan ningún tipo de relación con el hecho que se pretende demostrar.

Leone (1989: 170) las clasifica de la siguiente forma:

- De acuerdo a su objeto:
 - a. Pruebas directas: son aquellas que se refieren inmediatamente al objeto a probar.

- b. Pruebas indirectas: hacen referencia a otro objeto que tiene relación con el objeto a probar. Ej. prueba indiciaria.
- De acuerdo a su medio:
 - a. Pruebas genéricas: le proporcionan al juez una percepción directa del objeto a probar. Tenemos como ejemplo el cuerpo del delito, las huellas materiales del hecho delictivo, etc.
 - b. Pruebas específicas: el juez obtiene el conocimiento del objeto por medio de otras fuentes. Ej: búsqueda e identificación del autor del hecho punible, así como los demás partícipes, si existieren.
- De acuerdo a su categoría o grado:
 - a. Pruebas primarias: tienen como fin primordial demostrar el hecho, sea en forma directa o por medio de otro hecho. Se les denominan pruebas de primer grado. Ej. Prueba pericial, prueba testimonial, etc.
 - b. Pruebas secundarias: cuando una prueba sirve para probar otra prueba. Son conocidas como pruebas de segundo grado. Ej: una prueba testimonial que nos proporcione indicios.
- De acuerdo a su función:
 - a. Pruebas lógicas: por medio de un razonamiento o juicio, el juez logra obtener el resultado probatorio. Estas pruebas son conocidas como pruebas críticas. Ej: la inspección y los indicios.
 - b. Pruebas históricas: le permiten a la autoridad jurisdiccional tener una función representativa del hecho a probar. Ej: el testimonio, la confesión, etc.

- De acuerdo a su naturaleza:
 - a. Pruebas personales: son las que emanan directamente de la persona. Ej: la confesión, el testimonio, etc.
 - b. Pruebas materiales: tienen su origen en las cosas. Ejemplo: fotografías, rastros o huellas, etc.
 - c. Por otro lado tenemos a Framarino Dei Malatesta (1989:135-145) que nos proporciona la siguiente clasificación:

- En cuanto al objeto:
 - a. Prueba directa: se refiere a la cosa que se pretende probar, es decir, al delito. Ej: Testigo presencial de los hechos.
 - b. Prueba indirecta: hace mención a algo que a pesar de que es distinto al delito, le permite a la autoridad jurisdiccional por medio de un proceso racional, deducir el injusto penal. Ej.: los indicios.

- En cuanto al sujeto:
 - a. Prueba personal o testimonio de persona: se puede presentar ante el juez en forma separada de la persona, a través de la forma escrita o inseparable y transitoria de la persona por medio de la moralidad.
 - b. Prueba real o testimonio de cosas: dentro del proceso penal se presenta en forma material u original. Ej.: arma de fuego.

- En cuanto a la forma:
 - a. Prueba documental: el testimonio de la persona aparece en forma escrita, ya que no es posible su reproducción oral.
 - b. Prueba testimonial: el testimonio de la persona se presenta realmente en la oralidad.

- c. Testimonio común: se origina de testigos corrientes, accidentales del hecho.
 - d. Testigo pericial: proviene de individuos que ostentan conocer conceptos especiales.
 - e. Prueba material: se circunscribe al aspecto de la estructura física de la cosa
- Clasificación de las pruebas criminales según su finalidad:
 - a. Pruebas incriminantes: son aquellas que le permiten al juzgador obtener la certeza de la culpabilidad del imputado en la comisión de un hecho delictivo.

Esta prueba está encaminada a demostrar la existencia del acto acriminado. Para Mittermaier¹⁴ (1979:141) la prueba de cargo tiene los siguientes objetivos:

- a. La averiguación del punto de hecho, es decir, de la existencia de todos los hechos, de donde resulta la materialidad del acto criminal (la muerte, por ejemplo), en caso de homicidio, los hechos característicos del crimen (verbigracia, la administración del veneno), de la existencia de los hechos que se unen al crimen especial que se trata de castigar (el escalamiento en caso de robo).
- b. La demostración de que el acusado tiene en el crimen una participación culpable.
- c. La investigación de su estado mental y su voluntad en el momento del crimen, a fin de que sea posible apreciar si ha habido dolo o simplemente negligencia.

¹⁴ MITTERMAIER, Karl Joseph Antón. Tratado de la prueba en su materia criminal. En: Imprenta de la Revista de Legislación (Madrid) 0 Reseñas. Imprenta de la Revista de Legislación, 1857 - 470 páginas Consultado el [julio 10. 2007]. Disponible en <<http://books.google.com/books/about/html?hl=es&id=163jikPRrw> 4C>

- d. La manifestación de la premeditación, cuando la inculpación recae sobre el crimen, del que es elemento esencial la premeditación.
- e. La averiguación de la intención, cuando tiene relación con el acto criminado.
- f. La demostración de la perfecta concordancia entre la intención y los hechos acriminados, que se le atribuyen como consecuencia, o también la imputabilidad que por razón de esta consecuencia se puede hacer pesar sobre el autor.
- g. Pruebas excusantes o de descargo: tienen como fin primordial excluir la culpabilidad del imputado. También se les denominan pruebas de inocencia.

Desde el punto de vista probatorio, la prueba excusante persigue destruir la inculpación de que es objeto el imputado dentro de un proceso penal.

La prueba de descargo se divide en: Prueba directa excusante: destruye los hechos que han servido de fundamento para la acusación o imputación punible. También se le denomina prueba absoluta excusante.

Esta prueba se subdivide:

- a. Aquella que demuestra que los hechos base de la acusación son calumniosos o falsos. Ej. Tres testigos declaran que el imputado dice la verdad y otros tres testigos dicen que miente.
- b. La que persigue atacar y desvirtuar las pruebas incriminatorias. Ej. El imputado acredita que los testigos de cargos que declararon en contra suya fueron sobornados.
- c. La prueba que aduce la existencia de vicios materiales por la omisión de formalidades esenciales para su eficacia. Ej. A un acusado se le atribuye haber disparado un arma de fuego, teniendo sus brazos apuntados.

Prueba indirecta excusante: es la que tienden a disminuir la culpabilidad, atenuando el vigor de la pena que se suponga. Ej. El esposo que encontró a su esposa y amante teniendo relaciones íntimas. En este caso existe una atenuante justificativa por el estado de emoción violenta que padeció el homicida.

Framarino indica dos tipos de pruebas, que funcionan tanto en las excusantes como en las incriminantes, son estas:

- Pruebas corroborantes: son las que tienen como función fortalecer la credibilidad de una prueba en relación con la inocencia o culpabilidad del imputado.
- Pruebas informantes: tienen como objeto debilitar la credibilidad probatoria de una prueba de cargo (culpabilidad) o de descargo (inocencia).
- Prueba trasladada. Se llama prueba trasladada aquella cuya práctica y admisión se ha efectuado en un proceso determinado y de la cual se obtiene copia certificada para ser presentada en otro proceso penal.

Es importante acotar que este tipo de prueba se practica con base en el principio de la libertad probatoria y la búsqueda de la verdad real de los hechos. Para que la prueba trasladada pueda surtir los efectos probatorios en el segundo proceso, debe operar la publicidad, la contradicción y la inmediación, es decir que las partes hayan tenido pleno conocimiento de la incorporación de esta prueba, para que puedan combatirla, impugnarla y por ende tener un contacto directo con la misma. De lo contrario sería violatorio al debido proceso y con respecto al imputado, el derecho de defensa y el principio de inocencia.

Desde el punto de vista práctico, esta prueba se puede aportar al segundo proceso por medio de una copia certificada de la autoridad jurisdiccional que conoce del primer proceso o por medio de fotocopias certificadas por un Notario Público.

Es pertinente, a esta altura, entrar a manifestar sobre la PRUEBA ANTICIPADA, en concordancia con la doctrina¹⁵, que la misma no es un concepto nuevo en el ordenamiento jurídico Colombiano, ya que otras especialidades de la Jurisdicción la contemplaban con anterioridad V.gr. arts. 294 y ss del C.P.C. Su incorporación al proceso penal se debe acoger, pero solo de manera excepcional y en los precisos eventos señalados por el Legislador en el art del 284 C.P.P., teniendo en cuenta que su práctica se hace procedente durante la investigación y hasta antes de que se instale la audiencia de Juicio oral, delimitándose la investigación hasta la presentación del escrito de acusación, la cual se practicará en estricto acatamiento de los principios de inmediación, concentración, publicidad y contradicción.

Ahora bien la Doctora SANDRA JANNETTE CASTRO OSPINA define la PRUEBA DE REFERENCIA como aquella que: “se refiere a declaraciones, exclusivamente. Se trata de la narración de hechos realizada por una persona que es susceptible de ser verdadera o falsa; que pudo haber sido rendida ante un servidor público judicial, administrativo o particular como un notario; y efectuada en un ámbito judicial o extrajudicial...”¹⁶.

Los arts. 437 a 441 de la Ley 906 de 2004, regulan esta figura jurídica, definiéndola como aquella practicada fuera del juicio oral y cuya finalidad se circunscribe a probar o excluir elementos del delito, grado de intervención, circunstancias de agravación o atenuación, el daño causado y cualquier otro aspecto sustancial que sea objeto de debate y discusión, siempre y cuando no sea posible practicarla en juicio, únicamente, de manera excepcional, en los eventos taxativamente señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, donde además se consagra una tarifa legal probatoria negativa, en el entendido, en que

¹⁵ SANCHEZ LUGO, Carlos Felipe. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano: Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, p. 93-101.

¹⁶ CASTRO OSPINA, Sandra Janntte. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano: Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, p. 229-260.

no puede proferirse sentencia de carácter condenatorio, basados solo en prueba de esta naturaleza.

Como se puede observar, la prueba anticipada y la prueba de referencia, son dos figuras jurídicas distintas, en la medida que la primera se practica en análogas circunstancias a la prueba de juicio oral, mientras que la de referencia se limita a manifestaciones efectuadas por fuera de las reglas de este y ante diversas autoridades judiciales, administrativas e incluso ante particulares.

El concepto de prueba ilícita, tiene varias acepciones, así por ejemplo se le ha llamado prueba prohibida, prueba ilegal, prueba irregular, prueba ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba clandestina, etc. Nombres que sin lugar a dudas, y en principio, buscan definir la prueba obtenida de manera ilícita y con violación de los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Si bien todos los términos en principio tienen un mismo fin, es decir, excluir del proceso penal las pruebas que contravienen derechos y garantías, tanto fundamentales como legales, la doctrina nacional e internacional ha dado diversos contenidos al concepto de la prueba ilícita.

Es así, como por ejemplo, para algunos doctrinantes el concepto de prueba ilícita se engloba dentro del concepto de prueba prohibida, teniendo entonces una relación de especie a genero, siendo la prueba prohibida, la que se obtiene a través de la violación de cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de que ésta sea sustancial o procesal, mientras que la prueba ilícita solo será aquella que se haya obtenido violando preceptos constitucionales o del bloque de constitucionalidad¹⁷.

¹⁷ En este sentido: MIDÓN, Marcelo Sebastián y GRINOVER, Pellegini, consideran "(...) como su nombre lo indica, "prueba prohibida" sería todo elemento que contribuya a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo. (...) Sin embargo, la llamada "prueba ilícita" importaría una noción más estricta y rigurosa

En sentido contrario aparece Gimeno Sendra¹⁸, quien considera la prueba ilícita como la prueba obtenida con violación de cualquier norma, mientras la prueba prohibida es la obtenida con violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales¹⁹.

De otra parte, un amplio grupo de doctrinantes considera la prueba ilícita como la obtenida o practicada con vulneración, o contradiciendo los derechos fundamentales o la dignidad humana, siempre y cuando tal derecho sea de igual o superior rango al hecho de la prueba²⁰.

No ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia en coincidir con un concepto de prueba ilícita y prueba ilegal, al mismo tiempo que la oportunidad procesal para su exclusión, tema que será tratado en capítulo posterior, pero en lo que tiene que ver con el concepto es oportuno citar el doctrinante MONTON RENDONDO, citado por MIRANDA ESTRAMPES, quien considera que la prueba ilícita es “es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquélla que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita...” Continúa:

que parecería exigir algo más que la simple inobservancia de un precepto legal. Y su concurrencia quedaría supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o puesta en práctica de la prueba, pertenezca a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales a ella igualados en su jerarquía. (...) La distinción es por más relevante. Pues mientras la prueba prohibida no ilícita configuraría un supuesto de “ilegitimidad” y, por tanto entrañaría un “acto nulo”, la que constituye materia de nuestro examen (la prueba ilícita propiamente dicha) implicaría una hipótesis de “ilicitud” y, por consiguiente, implicaría un “acto inexistente” (...) Citados por CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. Ob.cit.p.33 y 34.

¹⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Colex - 2ª Edición. Libro ISBN13, 2007, p, 877.

¹⁹ ALARCON GRANOBLES, Héctor y CADENA LOZANO Raúl. Garantías constitucionales y la prueba ilícita. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2004, p. 37. .

²⁰ Así lo considera GONZALEZ MONTES quien afirmó “(...) los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente tiene que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, en su opinión, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba. (...)”, *Ibíd.*, p. 37.

...Una última postura, que podemos calificar de restrictiva en contraposición con las expuestas en el apartado anterior, es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales...Para GONZÁLEZ MONTES los límites del derecho a la prueba consagrada constitucionalmente... tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, en su opinión, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba...²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico y después de una larga evolución jurisprudencial y doctrinal, se ha considerado la prueba ilícita como aquella; “obtenida con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales previstas en la ley”²². “Son aquellas que están expresas o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social, contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”.

La prueba ilícita²³: “Es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”²⁴.

²¹ ARENAS ECHEVERRY, Nicolás Álvaro; SUAZA QUINTERO, Sergio Alberto y QUINTERO HOLGUIN, Aicardo Albeiro. La prueba lícita y la regla de exclusión. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2008, p. 20-24.

²² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. p. 313.

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Pruebas judiciales. Bogotá: Editorial ABC. 1984, p. 182.

²⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. 15º Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006. p. 23.

Para un sector de nuestra doctrina²⁵ la prueba ilícita puede ser inconstitucional o ilegal, siendo la primera la obtenida con violación de las garantías fundamentales y por tanto nula de pleno derecho y susceptible de exclusión y la segunda como la que viola los requisitos formales esenciales, siendo igualmente excluible de la actuación o del proceso.

En ese orden de ideas podemos definir la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando la dignidad humana y en general los derechos y garantías fundamentales, entendiendo por éstos no sólo los reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, sino las formas propias del procedimiento.

En nuestro concepto es de tener en cuenta que no cualquier prueba que viole una norma legal, en la que se consagra una mera formalidad, puede ser considerada prueba ilícita, en otras palabras, una prueba puede ser ilegal, pues contraviene una norma, pero solo será ilícita y por tanto sujeta de exclusión, si viola un derecho o garantía fundamental.

Con tal criterio la doctrina ha diferenciado²⁶ entre pruebas ilícitas procesales o extraprocesales, dependiendo del momento de su ilicitud y sobre todo del momento en que se valoren: pruebas ilícitas materiales o personales, tomando como parámetro de la ilicitud, si las mismas recaen sobre objetos o personas y pruebas ilícitas directas o derivadas, es decir, si se han obtenido violando derechos fundamentales o si se han obtenido de forma regular, pero como consecuencia de una prueba ilícita.

Es de aclarar que la exclusión de la prueba ilícita, puede darse en cualquier momento de la actuación procesal y por tanto no existe un momento específico, o única oportunidad procesal, para que la misma proceda, en consecuencia, se

²⁵ URBANO MARTÍNEZ, Op. cit., p. 387.

²⁶ *Ibíd.*, p. 313.

puede predicar desde su obtención, admisión, producción e incorporación en el juicio oral. Es así que los sujetos procesales no deben solicitar este tipo de pruebas y si lo hacen el juez debe rechazarlas, si a pesar de lo anterior la prueba fue obtenida ilícitamente, la misma debe ser excluida del proceso y si no se excluye tal prueba no puede ser objeto de valoración.

2.2 FUNDAMENTO: GARANTISMO O EFICIENTÍSIMO

Sin lugar a dubitación alguna el Derecho penal, tanto sustancial como procesal, es el reflejo del modelo de Estado²⁷ reinante en una sociedad; si nos encontramos ante un Estado autoritario, el derecho penal será poco garantista y dado a arbitrariedades; en tanto en un modelo de Estado democrático, el derecho penal tendrá como finalidad la solución de un conflicto, la represión de una conducta punible y la efectividad de los derechos y garantías del ciudadano.

Es evidente, entonces, que el modelo de proceso penal depende del modelo de Estado, diferente contenido tiene el concepto de Derecho y proceso penal en un Estado Absolutista, que en uno Liberal y de éste a un Estado de Derecho, actualmente evolucionado al Estado Social, dentro del cual no sólo es importante la consagración de principios constitucionales, “sino que igualmente el ciudadano debe gozar de garantías de esa misma estirpe: reales, concretas, pero especialmente que se encuentren a su alcance”. Por ello BOBBIO (1991)²⁸, con innegable y perenne acierto, sostuvo que el Estado es “... un instrumento de aceptación general y dispuesto para la realización de los fines individuales”²⁹.

²⁷ Ibid., p. 310.

²⁸ BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho (1958 y 1960). Traducción castellana de Eduardo Roza Acuña, Debate. Madrid: Editorial España, 1991, p. 89.

²⁹ ALARCON GRANOBLES y CADENA LOZANO, Op. cit.

Conforme a lo anterior el concepto, y en sí el fundamento de la prueba ilícita, dependen del modelo de Estado operante en una sociedad y de su política criminal.

En tal sentido si nos encontramos ante un Estado autoritario, en el que el ser humano es un simple instrumento y sus derechos y garantías ni siquiera son reconocidos, o lo son de una manera meramente formal, la prohibición de la prueba ilícita y su exclusión pierden fundamento y ceden ante la necesidad de mantener vigente el ordenamiento jurídico y reprimir las conductas que lo quebranten, sin importar su origen o modo de obtención. En este orden de ideas, cualquier prueba lícita o ilícita es válida, pues se da prevalencia al fin sobre los medios y al Estado sobre el ciudadano. Si por el contrario nos encontramos ante un Estado democrático, la institución de la prohibición de la prueba ilícita cobra total vigencia, pues bajo este esquema al ciudadano no sólo se le reconocen derechos y garantías, sino que son respetadas por el mismo Estado, quien a pesar de la necesidad de reprimir los delitos no lesiona tales derechos o garantías y por el contrario les da total prevalencia, quebrantando el concepto del fin justifica los medios y dando validez a la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos o garantías de los ciudadanos.

En expresión de OLIVER WENDELL HOLMES, Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América:

(...) Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno (...)³⁰.

³⁰ BERDUGO SAUCEDO. Pedro David. Reglas de exclusión de la prueba. En: El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, p. 56.

Señala el profesor PARRA QUIJANO:

En Estados Unidos la necesidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la Enmienda Cuarta, tiene tres fundamentos a saber: 1) disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce como deterrence; 2) integridad judicial, las Cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida; 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera, el pueblo pierde confianza en el gobierno (...).

Esta postura jurídica es compatible con nuestro modelo de Estado, que al ser un Estado Social y Democrático de Derecho, busca en el ordenamiento jurídico penal la protección³¹ de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y la solución del conflicto, dando prevalencia a la prohibición de la prueba ilícita y a la exclusión de la misma, siendo entonces un Estado garantista más que eficientista.

2.3 TEORÍAS DE LA PRUEBA ILÍCITA

Tanto la doctrina nacional como internacional, han explicado la prueba ilícita, la prueba derivada y la necesidad de excluirlas del proceso. A partir de diversas teorías, encontramos algunas de las más importantes, tales como la doctrina de los frutos del árbol envenenado, del entorno jurídico y del principio de proporcionalidad, las cuales serán explicadas a continuación:

³¹ GÓMEZ, José Alejandro. Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Análisis Jurisprudencial y Doctrinal de la Prueba. Bogotá: Señal Editora, 2008, p. 69.

(1) "(...) Las normas que rigen la actividad probatoria no son de simple contenido procesal, sino que también, por tener génesis constitucional, son de contenido de garantía. Así, por ejemplo, cuando en la práctica de las diligencias de investigación o en la actividad probatoria se limitan las posibilidades de autodefensa del imputado o se infringen las garantías de contradicción, publicidad, y mediación y oralidad, existirá una infracción de derechos fundamentales, esencialmente el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia. (...)" MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Citado por CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Julián. Ob.cit.p.41. (2) "(...) En resumen, frente a esta pregunta, debemos decir, que el funcionario judicial podrá hacer la valoración de esa prueba obtenida de esa manera, siempre y cuando esa norma infringida no era para cumplir una función de garantía para el acusado, en razón de su presunción de inocencia como derecho fundamental. Lo anterior, creemos resulta de mucha utilidad para que el funcionario judicial, determine la toma de decisión al momento de si considera viable la valoración de una prueba obtenida ilegalmente o no, si ello no afecta garantías del acusado o es el incumplimiento de meras formalidades carentes de trascendencia, como se expuso, luego tenemos aquí una función hermenéutica que debe hacer el juez de conocimiento al momento de fallar. (...).

2.3.1 Doctrina de los frutos del árbol envenenado. Durante mucho tiempo, ha surgido el interrogante de establecer si todas aquellas pruebas que eran consecuencia de la prueba ilícita, debían o no ser excluidas del proceso, es decir, si las pruebas derivadas con ocasión de la información obtenida a través de la prueba ilícita, podían ser ingresadas al proceso y por tanto valoradas por el juez. Ante este interrogante nació la teoría de los frutos del árbol envenenado.

El doctrinante OSCAR JULIAN GUERRERO PERALTA³², sobre este particular, manifiesta que se le debe el nombre al Juez norteamericano FRANKFURTER, quien acudió a la expresión en el año 1939, al igual que a NAVAS UMAÑA, Zaira Lis, CARBAJAL ALVARADO, Óscar Alexander, AGUIRRE GONZÁLEZ, Javier de Jesús (1999), quienes señalan:

Los antecedentes de la doctrina se encuentran en la decisión Silverthome Lumbre Co. Vs Estados Unidos, del año de 1920. El famoso caso de esa decisión se relaciona con la iniciación de una causa penal contra dos empresarios de apellido Silverthome, a quienes se les conminó para exhibir información contable de su compañía, con fundamento en una entrada ilegal, realizado con un mandamiento judicial afectado de nulidad. Los agentes de policía revisaron los libros contables de la empresa y durante el proceso el tribunal solicitó que algunos documentos contables se exhibieran ante el jurado. Esta solicitud fue rechazada por los acusados, alegando que el allanamiento había sido ilegal y la Corte Suprema así lo ratificó, estableciendo la extensión de la protección de documentos privados empresariales, de conformidad con la cuarta enmienda³³.

En dicha decisión se argumentó, que las autoridades de persecución penal no pueden usar la información obtenida durante un registro ilegal, a efectos de

³² GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Las víctimas en el contexto del derecho procesal penal colombiano (Perfiles Comparativos) Anuario de Derecho Pernal. La reforma del proceso penal peruano. Derecho penal. Asociación peruana de derecho penal, 2004. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <<http://www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/5585>>

³³ NAVAS UMAÑA, Zaira Lis; CARBAJAL ALVARADO, Óscar Alexander y AGUIRRE GONZÁLEZ, Javier de Jesús. El valor probatorio de la prueba aportada por el agente encubierto en el proceso penal salvadoreño. Ciudad universitaria. San Salvador, 1999. Consultado el [junio 10. 2011]. Disponible en <<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.ssf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f2d9de88bc247e53d0625774400662dba>>

solicitar posteriormente una orden para la obtención legal de unos documentos, toda vez que la información primaria adolece de vicios constitucionales en su producción. El Juez Colmes, en dicha decisión, afirmó que:

La esencia de una disposición que prohíbe la adquisición de prueba en cierto sentido, no es simplemente que la evidencia así adquirida no será usada ante los tribunales, sino que no será usada de ninguna manera. Por su puesto esto no significa que los hechos constatados de esa manera, lleguen a ser sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se adquiere de una fuente independiente, ellos pueden ser probados como cualquier otro, pero el conocimiento obtenido por la vulneración del gobierno no es factible usarlo en el sentido expuesto.” Como se puede observar en este punto, la corte norteamericana habla de “fuente independiente”, aspecto este que constituye la base para la discusión posterior sobre los límites a la regla de exclusión³⁴.

Teoría ésta que establece que si la prueba derivada tiene un vínculo estrecho o cercano, o es consecuencia de la prueba ilícita y por tanto ésta es la causa o la condición del nacimiento de aquella, la prueba derivada debe ser igualmente excluida de la investigación pues se encuentra contaminada por la ilegalidad de la primera.

Tal teoría la podemos aplicar por ejemplo, cuando una persona es torturada y confiesa la comisión de varios delitos y da información sobre la existencia de un cargamento de droga en un determinado lugar, la policía judicial con fundamento en esa información práctica una inspección judicial y efectivamente encuentra un cargamento de droga.

La prueba inicial, es decir, la confesión, es ilícita pues fue obtenida a través de la violación de los derechos y garantías fundamentales de la persona cuestionada y por tanto debe ser excluida, mientras que la segunda prueba, es decir, la

³⁴ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. 2ª Ed. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.

inspección judicial, es válida, sin embargo debe ser igualmente excluida del proceso porque tuvo como fundamento una prueba ilícita que la contaminó.

O por ejemplo cuando un grupo de investigadores realiza un allanamiento ilegal, pues no contaban con motivos fundados ni con orden judicial para practicarlo y en dicho allanamiento receptionan el testimonio de la esposa de un narcotraficante quien explica las actividades de su esposo. El allanamiento como primera prueba es ilícito, pues se obtuvo violando derechos y garantías fundamentales, intimidad, y por tanto debe ser excluido; mientras que el testimonio, a pesar de ser lícito pues la esposa declaró voluntariamente, corre con igual suerte pues se derivó de manera indirecta del allanamiento ilícito y por tanto se encuentra contaminado de ilicitud.

Es necesaria la exclusión de la prueba ilícita y de la prueba derivada, no sólo como sanción procesal, es decir, como la imposibilidad de emplear dichas pruebas o de ser valoradas, sino como mensaje de disuasión a los sujetos procesales y policía judicial, toda vez que si a pesar de que las pruebas directamente ilícitas son excluidas, pero las derivadas son admitidas y por tanto valoradas, el efecto disuasivo pierde su eficacia y por el contrario serviría de argumento para quebrantar derechos y garantías fundamentales, en pro de descubrir la verdad sin importar los medios empleados.

Sobre el particular la doctrina³⁵ ha afirmado:

“(…) Esta doctrina tiene como sustento una relación de causa a efecto, si la prueba objeto de estudio deviene, por una relación causal, de una prueba excluida, aquella también debe ser excluida. Nuestro código utiliza para referirse a esa relación las frases “que sean consecuencia o que solo puedan explicarse”,

³⁵ RIVES SEVA, Antonio Pablo. Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, 2010. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <[http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20 Penal/201012-2317895412.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/201012-2317895412.html)>

que es una manera de cualificar la relación a la cual nos hemos referido (...)”³⁶. “(...) Para reconsiderar una determinada prueba como fruto de un árbol envenenado, hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica; esclarecer cuándo la ilegalidad primera es condición sine qua non y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no se hubiesen obtenido de no mediar la legalidad original.(...)”³⁷.

Acogiendo la afirmación realizada por el Magistrado OLIVER WENDELL y transcrita en el acápite anterior, podemos decir que la aplicación de tal postura jurídica es acogida por la mayoría de la doctrina de nuestro país.

(...) Dentro de esta posición doctrinaria existe el llamado “efecto reflejo” de la prueba ilícita o también llamado “efecto dominó”, consistente en que la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, “contaminando las restantes diligencias que de ella se deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. (...)”³⁸.

En nuestra legislación procesal penal se acoge esta teoría en el artículo 23 del C.P.P (Ley 906 de 2004³⁹), en donde claramente establece que todas las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas recibirán igual tratamiento, un análisis más concreto al respecto será realizado en capítulo posterior.

³⁶ PARRA QUIJANO, Op. cit., p. 800.

³⁷ CADENA LOZANO y HERRERA CALDERÓN, Op. cit., p. 44.

(1) FIDALGO GALLARDO, Carlos. (2) En igual sentido MIDÓN, Marcelo Sebastián. afirmó“(...) Los tribunales de Estados Unidos han entendido que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas en el procedimiento inicial, sino además todas las restantes evidencias que son “el fruto de la ilegalidad originaria”.

³⁸ BERDUGO SAUCEDO, Op. cit., p. 322.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DELA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit.

2.3.2 Doctrina del entorno jurídico. Para esta posición jurídica existen dos entornos o dos esferas de protección diferentes, la primera de ellas protege los derechos o garantías fundamentales, que no pueden ser quebrantados de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia, y en el segundo entorno se protegen ciertos derechos y garantías, que no son de la misma valía que los primeros, es decir, son relevantes, pero su violación o vulneración no puede ser considerada grave y por tanto puede existir cierto grado de tolerancia o permisión frente a esa violación.

En ese orden si la prueba afectó el entorno jurídico primario y por tanto afectó derechos y garantías fundamentales, tal prueba debe ser excluida y no valorada, pero si por el contrario tal prueba lesionó el segundo entorno jurídico, sin afectar de forma grave e importante los derechos protegidos en tal ámbito, la prueba puede ser valorada.

En tal sentido se pronunció PISCOYA SILVA, José (SF)⁴⁰. Citando a JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, quien toma como fundamento lo dicho por el Tribunal Supremo Federal de Alemania para asuntos civiles y causas penales, preceptuando:

La posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente acerca de la práctica de la misma, depende de si “la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia (...)”⁴¹.

En similar sentido RAÚL CADENA LOZANO (2008), en Técnicas de interrogatorio y conainterrogatorio en el sistema acusatorio expresó:

⁴⁰ PISCOYA SILVA, José (SF). Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. Derecho & Cambio Social. Consultado el [julio 10. 2011]. Disponible en <<http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>>

⁴¹ PARRA QUIJANO, Op. cit., p. 37.

(...) En otras palabras, se deben apreciar dos áreas objeto de protección de distinta intención: hay un núcleo totalmente intangible, cuya vulneración comporta la absoluta imposibilidad de aprovechamiento de material probatorio que pueda llegar a lograrse. “Así acontece con las declaraciones obtenidas mediante los métodos de interrogatorio prohibidos por el artículo 136 a (de la Ley Procesal Penal) malos tratos, agotamiento, violencias corporales, administración de fármacos, tortura, engaño, hipnosis, o que menoscabe en la memoria o capacidad de comprensión, independientemente del consentimiento del inculgado. Resta, luego, una esfera de menor protección, en la que hay que considerar si la violación de la prohibición probatoria afecta esencialmente al entorno jurídico o si esa violación ha sido para él algo secundario o sin importancia. (...)”⁴².

Es oportuno aclarar en este punto, que esta teoría de ninguna manera puede tener cabida en nuestro medio, pues es propia de Estados autoritarios y totalitarios, pues es permisiva con la violación de garantías fundamentales, en procura de obtener una prueba de condena en contra de un ciudadano, no olvidemos que surgió y se aplicó en la Alemania nazi.

2.3.3 Doctrina del principio de proporcionalidad. Para esta teoría no toda prueba ilícita debe ser excluida, pues en algunos casos su admisión y valoración pueden resultar relevantes para la resolución del caso y la búsqueda de la verdad, sin embargo esta puerta abierta sólo se justifica en la medida de un equilibrio, o mejor, un sopesamiento de los derechos fundamentales en conflicto y la ponderación del daño o lesión que a cada uno de ellos se cause con la admisión o no de la prueba ilícita.

En otros términos, esta tesis coloca en una balanza dos derechos fundamentales lesionados, enfrentándolos a su importancia y mayor valor. Por un lado aparece el derecho fundamental lesionado con la prueba ilícita, por ejemplo: la intimidad, la libertad, etc., y por el otro lado aparece el derecho fundamental que se podría proteger, por ejemplo: la vida, la libertad, etc. De esta balanza se determina la

⁴² CADENA LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERÓN, Op. cit., p. 45.

proporcionalidad que debe existir entre la lesión al derecho fundamental, a través de la prueba ilícita, como mal menor y la salvaguarda de un derecho fundamental de mayor valía.

Como por ejemplo sería el caso de una interceptación telefónica ilícita, pues no cuenta con la debida orden judicial, ni es controlada posteriormente por el juez de garantías, en la que se escucha el día y la hora en la que 10 mujeres van a ser llevadas a China bajo engaños y como parte de una red de tráfico de personas. En este evento se sopesaría la intromisión al derecho fundamental de la intimidad versus el derecho a la vida y a la libertad de las 10 mujeres objeto del tráfico, para determinar si la prueba ilícita debe o no ser excluida.

La doctrina nacional al respecto ha conceptualizado:

(...) Para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas (...)⁴³.

La doctrina internacional, entre ellos Constancio Carrasco Daza⁴⁴, se ha pronunciado en similar sentido al afirmar:

(...) Así, para MINVIELLI, planteadas situaciones excepcionales como las referidas en un comienzo, el principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía o aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, que se produce una antinomia – de las tantas que conoce el proceso – entre el derecho protegido mediante la aplicación de las reglas de exclusión y aquel otro derecho que la regla lesiona. La cual, consideramos debe ser resuelta mediante la aplicación

⁴³ PARRA QUIJANO, Op. cit., p. 41.

⁴⁴ CARRASCO DAZA, Constancio (SF). Constancio.la prueba ilícita en materia electoral. Reglas de exclusión diseñadas desde la constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas UMAN. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/17/cle/cle5.pdf>>

de un criterio de proporción, admitiendo la prueba ilícita cuando ella sea el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto. Y ello, en función de que los derechos no son ilimitados; todos los derechos tienen sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, por sí misma establece en algunas ocasiones (...)⁴⁵.

Ahora bien, esta tesis abre una compuerta para que la prueba ilícita pueda ser admitida y valorada, ese análisis de proporcionalidad deberá realizarse en cada caso particular, de manera concreta y específica y no podrá dar paso a arbitrariedades y justificaciones judiciales sin mayor soporte.

Por tal razón esta teoría ha sufrido grandes críticas, pues puede fundamentar la necesidad de lesionar ciertos derechos, en salvaguarda de otros, con lo cual las autoridades judiciales se verían legitimadas para practicar pruebas ilícitas y el juez de admitirlas y valorarlas en procura de la protección de derechos de mayor valor.

(...) En contra del mencionado postulado, sostiene EDWARDS, que el criterio de proporción se nos presenta sumamente peligroso, ya que implica una verdadera desnaturalización de la prueba ilegal, principalmente de su fundamento ético: no puede avalarse de ningún modo la persecución penal a cualquier costo, ya que ello significa aceptar que el fin justifica la utilización de indiferente medios; y nunca el fin, por más loable que sea, como resulta el castigo del delito puede justificar el empleo de cualquier medio para lograrlo.(...)⁴⁶.

⁴⁵ PELLEGRINI GRINOVER. Citado por CADENA LOZANO y HERRERA CALDERÓN, Op. cit., p. 46.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 47.

3. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Visto entonces los aspectos teóricos y generales de la Prueba ilícita, corresponde ahora revisar, de la manera más detallada posible, la forma en que tal institución jurídica se encuentra regulada, en concreto, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así pues, nos proponemos ahora abordar el estudio de las normas constitucionales, de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia constitucional más significativa en la materia, pues en capítulo separado se abordará en detalle la línea jurisprudencial sobre el tema tanto de la Corte Constitucional, como de la Suprema de Justicia -sala de casación penal.

3.1 RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

La Constitución Política de Colombia de 1991, entre otros aspectos, se caracteriza por la gran importancia que da a los derechos fundamentales y al papel del Estado en hacer efectivos los mismos⁴⁷. Así como el Estado tiene el deber de ejecutar acciones que logren tal cometido constitucional, radica en su cabeza el deber de abstenerse de realizar actuaciones que lleven a la vulneración de derechos fundamentales⁴⁸.

Así las cosas, es razonable el régimen constitucional que se aprecia en distintas normas de la Carta Política, en el sentido de proponer límites y controles a las actuaciones del Estado, cuando estas, por su esencia misma, exigen de alguna manera ir en contravía del contenido de algún derecho fundamental.

⁴⁷ GÓMEZ SIERRA, Art. 3°.

⁴⁸ *Ibíd.*, Art. 4° y 5°.

La labor de investigación está sometida a reglas específicas, las cuales principalmente tienen como objetivo procurar que se garanticen los derechos de los procesados, las víctimas y los demás intervinientes en el proceso penal, esto es, proponiendo límites a la función investigativa del Estado, evitando así que la misma tenga un carácter arbitrario⁴⁹.

Por esa razón, si bien es cierto que al Estado colombiano compete la obligación de investigar y sancionar los delitos, tal función no la puede cumplir empleando cualquier medio, sino que estos deben ser conformes con la Constitución Política y, sobre todo, respetuosos de los derechos fundamentales de la persona.

Desde el punto de vista constitucional, entonces, puede comprenderse la institución de la prueba ilícita y sus consecuencias, como un desarrollo de lo antes expuesto. Ese régimen constitucional de la prueba ilícita, a nuestro juicio y para efectos didácticos, puede dividirse en dos partes: (i) una en la que, de forma general, se establecen las reglas probatorias en relación con los derechos fundamentales; y (ii) otra en la que, a nosotros interesa, se regula el régimen de la prueba dentro del proceso penal.

3.1.1 Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. En el desarrollo de una investigación penal, cabe la posibilidad que el ente investigador y sus auxiliares (policía judicial) requieran realizar diligencias que tocan derechos fundamentales, v.gr. el allanamiento y la interceptación de comunicaciones.

Es el propio texto constitucional el que se encarga, con carácter vinculante, de imponer límites y requisitos para la práctica de dichos actos de investigación.

49 Cfr. CADAVID BOTERO, Mario Nicolás y BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La Fase de Investigación y la Fiscalía en el Sistema Acusatorio Colombiano. En: Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio – Una visión desde la práctica judicial. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.

Se tiene entonces, por ejemplo, el inciso 3º del artículo 15 de la Carta Política⁵⁰, el cual de manera categórica prescribe que, más allá de las formalidades que establezca la ley, para interceptar cualquier tipo de comunicaciones (correspondencia física, comunicaciones telefónicas, etc.), es menester contar con orden judicial, esto es, los funcionarios de policía judicial, ni ninguna otra persona, pueden bajo su propia decisión y arbitrio entrar a intervenir o auscultar las comunicaciones de las personas, independientemente de la nobleza o altruismo de la finalidad que persiga. Otro tanto sucede con la posibilidad de hacer allanamientos y registros en el domicilio de las personas⁵¹.

Ahora bien, el régimen constitucional central de la prueba ilícita se encuentra en el artículo 29 Superior. Éste prevé en su última parte la regla: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta norma conlleva que en nuestro sistema jurídico –incluso con anterioridad a la existencia de la Ley 906 de 2004- la manera de valorar y otorgar una consecuencia jurídica a una prueba ilícita, no fuera el del sistema continental europeo de declaratoria judicial de nulidad, sino el inspirado en la filosofía jurídica anglosajona de la exclusión de la prueba⁵². En este sentido, la doctrina ha señalado al decantar la histórica sentencia SU 159 de 2002 de la Corte Constitucional, que a su vez construyó teoría entorno a la disposición constitucional antes referida:

(...) Dicha norma no consagra, frente a la prueba ilícita, un régimen de nulidades, a la manera del sistema continental europeo, propio de los países de tradición romana, como Italia y Francia, con libertad del juez para apreciar la extensión de los efectos de la prueba ilícita principal a la derivada; ni tampoco un régimen discrecional, como el de Alemania, en donde el juez tiene la potestad para ponderar o desestimar la prueba ilícita principal o la derivada; sino una clara regla de exclusión de la

⁵⁰ GÓMEZ SIERRA, Op. cit., Art. 15, inc.3º.

“La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”.

⁵¹ *Ibíd.*: Art. 32

⁵² Para URBANO MARTÍNEZ, en realidad, no es claro que no se requiera la declaratoria judicial de nulidad de una prueba dentro del sistema procesal penal colombiano. URBANO MARTÍNEZ, Op. cit., p. 389.

prueba ilícita principal y los efectos de ésta no se extienden a la derivada, inconstitucional e ilegal, siguiendo el sistema del modelo del sistema anglosajón y americano”⁵³.

Así entonces, del pilar constitucional del régimen probatorio constitucional se tiene que; “[l]a prueba ilícita debe, físicamente, expulsarse del proceso”⁵⁴. La exclusión probatoria debe ser entendida como aquella; “institución probatoria, según la cual, en un juicio penal no puede resultar admitida la evidencia producto de una actividad ilegal realizada por las autoridades de persecución penal o sus agentes”⁵⁵.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sentado el precedente de la exclusión probatoria y su raigambre constitucional, de la siguiente manera:

(...)Una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales, mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física (...)”⁵⁶.

En similar sentido, ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: “(...) La incorporación al proceso de prueba obtenida en cualquiera de esas indeseables circunstancias, determina su indefectible exclusión y, como se dijo en el mismo pronunciamiento, impide que haga parte del acervo probatorio materia de examen por parte del juez, para resolver el asunto puesto a su conocimiento (...)”⁵⁷.

⁵³ DELGADO LLANO, Luis Fernando. El debido proceso probatorio. En: Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio – Una visión desde la práctica judicial. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, p. 449.

⁵⁴ URBANO MARTÍNEZ, Op. cit., p. 355.

⁵⁵ GUERRERO PERALTA, Op. cit., p. 419.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.

⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Rad.24102 del 23 de abril de 2008, Op. cit.

Entonces, lo que podríamos denominar el “debido proceso probatorio” (por tener que ver en estricto sentido el tema de la prueba ilícita con el derecho fundamental y la estructura del debido proceso), guarda una cercana relación con el concepto de dignidad humana –por tener que ver con los derechos fundamentales, o, lo que es igual, con las razones sin las cuales no se podría predicar la dignidad del ser humano- el cual es el trasfondo dogmático y filosófico de principio de legalidad de la prueba o, lo que es lo mismo, la prohibición de la prueba ilícita.

Así pues, es claro que el tema de la prueba ilícita, su concepto y consecuencias, son de un ámbito más constitucional que incluso legal.

En ese sentido, a partir del texto constitucional, en varias oportunidades la jurisprudencia, en especial la constitucional, se ha encargado de desarrollar temas atinentes a la ilicitud de la prueba en el proceso penal. En términos generales, y según ha quedado ampliamente explicado en apartes anteriores de este escrito, una prueba ilícita es aquella que en su práctica o contenido vulnera derechos y garantías fundamentales, o, como bien lo ha señalado la jurisprudencia:

(...) Como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala, la prueba ilícita es aquella “que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se someten a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida (...)”⁵⁸.

In extenso, ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el concepto de prueba ilícita en nuestro país y los principales supuestos de hecho que hallan adecuación en dicha institución:

⁵⁸ Ibíd.

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

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)(...)⁵⁹.

3.2 SISTEMA ACUSATORIO Y PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

El cambio del sistema procesal penal en nuestro país, no estuvo dado exclusivamente por uno de orden legislativo, sino también por una importante modificación de la fuente constitucional. Es así como mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 se modificaron varios artículos de la Carta Política, especialmente los que regulan las funciones de la Fiscalía General de la Nación, las cuales, en últimas, vendrían a convertirse en la principal fuente constitucional de la estructura misma del proceso penal colombiano.

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de abril de 2008. Rad. 29416 M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

En las normas reformativas⁶⁰, se regulan temas atinentes a las pruebas, sobre todo lo que tiene que ver con sus principios. Esto no se trata de simples formalidades a tener en cuenta al practicar pruebas en el proceso penal, sino de verdaderas máximas que hacen efectivos los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal en relación con las pruebas, la evidencia y los elementos materiales probatorios.

Así pues, las vulneraciones a derechos fundamentales, muchas veces tienen que ver con trasgresión de los propios principios constitucionales que irradian el sistema probatorio y, de contera, el contenido del derecho fundamental al debido proceso (el debido proceso probatorio).

En ese orden de ideas, es conveniente traer a colación uno de los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional que se emitió durante el año 2005, dentro de los primeros tiempos de vigencia del sistema procesal de la Ley 906, relacionada con los principios constitucionales de la prueba, incluso refiriéndose a su importancia y satisfacción en la práctica de la prueba anticipada:

⁶⁰ GOMEZ SIERRA, Op. cit., Art. 250°

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. 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, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. 3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello. 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías (...).

“(…) En tal sentido, el artículo 29 dispone que toda persona tiene derecho a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, e igualmente que “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. De allí que, en materia probatoria, rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los que se cumplen respecto de la práctica de pruebas anticipadas según lo dispone el artículo 284 del C.P.P., y por lo tanto, la posibilidad de la práctica de éstas pruebas anticipadas es una particularidad de nuestro sistema procesal penal, que se ajusta a la Constitución como pasa a explicarse”.

“De conformidad con el principio de legalidad, cualquier prueba debe ser decretada y practicada por una autoridad competente. En tal sentido, el artículo 284.1 de la Ley 906 de 2004 dispone que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, se podrá practicar cualquier medio de prueba pertinente, a condición de que “sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías”.

“En relación con el principio de publicidad, la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta, sino de cara al imputado y a la sociedad. En concordancia con lo anterior, en un sistema de tendencia acusatoria, dicha prueba deberá ser practicada durante una audiencia pública, requisito que expresamente se encuentra consagrado en el artículo 284.4 del nuevo C.P.P”.

“Así mismo, en virtud del principio de contradicción, el sindicado en el proceso penal acusatorio debe contar con la facultad de controvertir, en el curso de una audiencia, las pruebas que se alleguen en su contra y de interponer los recursos de ley correspondientes (...)”⁶¹.

Se deduce entonces, que el régimen probatorio antes del Acto legislativo 3 de 2002, era propuesto en esencia por la ley, con excepción de lo previsto en el artículo 29 constitucional. A partir de la reforma constitucional señalada existe un régimen constitucional probatorio más amplio⁶². Lo anterior al punto, que ya no sólo se establece la norma general sobre la consecuencia de la prueba ilícita, sino también, según dijimos, los principios que irradian la práctica de las pruebas, y, aún más, reglas de procedimiento concretas relacionadas con la prueba, que de no satisfacerse generarían una prueba ilícita.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, p. 32 y ss.

En consecuencia, siempre que se quiera mirar el tema de la prueba ilícita, forzosamente se deberá tener como referente el texto constitucional, bloque de constitucionalidad (Convención americana de Derechos humanos, Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos o pacto de San José de Costa Rica y Convenio sobre la tortura etc.) en tanto éste, casi en forma detallada trata del tema y, por supuesto, con carácter vinculante.

3.3 EL RÉGIMEN LEGAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

Veremos ahora como todo ese régimen constitucional encuentra un desarrollo amplio en la Ley 906. Estudiaremos en concreto el régimen legal de la prueba ilícita en el sistema acusatorio colombiano, sus excepciones y sus consecuencias.

Con suficiente razón, se debe afirmar que el régimen de la prueba ilícita ha adquirido mayor importancia en la Ley 906 de 2004, actual régimen procesal penal de marcada tendencia acusatoria. Esto se aprecia tanto en su extensa regulación legal, como en la trascendencia de sus efectos. Igualmente, si desde antes de la expedición de dicha ley, de elevada influencia norteamericana, teníamos que el régimen de la prueba ilícita era conforme con el régimen anglosajón en la materia; en el estado jurídico actual –el que propone la Ley 906- dicha tendencia estadounidense de la prueba ilícita se hace más marcada; no obstante, más adelante se harán algunas observaciones al respecto.

De esta manera, nos corresponde ahora estudiar, desde el punto de vista legal – apoyándonos por supuesto en la jurisprudencia y doctrina pertinentes- la institución de la exclusión de la prueba, la ilicitud de la prueba derivada y sus excepciones, los funcionarios competentes para disponer la exclusión probatoria, los escenarios procesales para ello, y sus consecuencias en torno a toda la actuación procesal.

3.3.1 La regla de exclusión probatoria. El inciso 1º del artículo 23 de la Ley 906 dispone: “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”.

La exclusión de las pruebas ilícitas y sus derivadas, es una cuestión que está hoy día entendida como mínimos internacionales del proceso penal, pues, por ejemplo, está contemplada en el enunciado 33 de las llamadas Reglas de Mallorca⁶³, que aunque no son un tratado internacional, sí son un instrumento de interpretación de obligatoria consulta en lo que la materia respecta.

En consecuencia con esos parámetros y tendencias internacionales, así como las normas constitucionales, el artículo antes transcrito enseña que toda prueba que se practique con violación de los derechos fundamentales, merece y debe ser excluida del proceso. En últimas, esto lo que significa es que no debe ser tomada en cuenta ni valorarse al momento de dictar la sentencia, o tomarse cualquier otra decisión de fondo al interior del proceso penal, por ejemplo, la imposición de la medida de aseguramiento.

Es claro que dentro de la actual conceptualización de la prueba se debe distinguir entre: (i) acto de investigación; (ii) evidencia o elemento material; (iii) acto de prueba; y (iv) prueba o medio probatorio. Todos estos conceptos, unos con función de medios y otros de fines; deben ser respetuosos de los derechos fundamentales y, por lo tanto, siempre estarán sujetos al control judicial respectivo, aun cuando en distintos escenarios y diversas fases del proceso penal.

En consecuencia, si bien la norma que se viene comentando utiliza la expresión “prueba”, no cabe duda que, una interpretación sistemática de la misma, nos lleva

⁶³ GÓMEZ, Op. cit., p. 65.

a concluir que la regla de exclusión se predica no solo en lo que el sistema acusatorio colombiano se entiende como prueba, sino también de las evidencias y los elementos materiales de prueba, no siendo estos cosa distinta que los instrumentos con vocación de convertirse en prueba; ninguna lógica, ni formal ni material, podría predicarse del sistema probatorio colombiano, si se entendiera que solo las pruebas, entendidas en sentido estricto, fueran las únicas objeto de la regla de exclusión y no las evidencias y elementos materiales de prueba⁶⁴.

Sobre la regla de exclusión en la Ley 906 de 2004, ha indicado la Corte Constitucional:

(...)El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.(...)”⁶⁵.

Ya ha quedado dicho que el tratamiento jurídico a la prueba ilícita (regla de exclusión) tiene concordancia con el sistema de corte americano. En todo caso, debe aclararse que, a diferencia del sistema anglosajón actual en el que la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene como fundamento el “efecto disuasivo”

⁶⁴ Debe tenerse presente que en el nuevo sistema procesal penal, solo son pruebas las practicada en la audiencia del juicio oral junto con la prueba anticipada. En razón a la inexistencia del principio de permanencia de la prueba, lo que recopila el ente investigador o la defensa como soporte de los intereses que abogan, reciben el nombre de evidencias o elementos materiales probatorios.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

(*deterrent effect*), o sea, la posibilidad de evitar que las autoridades cometan nuevas violaciones a los derechos⁶⁶, nuestro sistema de exclusión sí se fundamenta en una protección a los derechos fundamentales y, sobre todo, la imposición de una sanción a tales actos. No obstante, las excepciones que enseguida se comentarán, acerca de la exclusión de las pruebas derivadas, tienen su fundamento precisamente en ese efecto disuasivo y en razones de orden práctico, muy propias de la filosofía jurídica anglosajona.

3.3.2 Ilícitud de la prueba derivada y sus excepciones. Previo a adentrarnos al estudio de las teorías que consagran las excepciones a la regla de exclusión, debemos señalar que en nuestro medio y en aplicación del art. 29 Constitucional, tales excepciones no tienen razón de ser, pues si una prueba es ilícita o ilegal, de ninguna manera puede ser admitida dentro del proceso, sino que necesariamente debe procederse a su exclusión, pues la norma superior no consagra tales excepciones.

La regla de exclusión de pruebas ilícitas tiene excepciones, que solo en determinados casos y bajo ciertas condiciones pueden operar; excepciones de orden taxativo que no pueden dar lugar a analogías y solo pueden ser interpretadas de manera restrictiva a diferencia del sistema legal estadounidense, donde dichas excepciones superan el número de 20 y son enunciativas.

Tales excepciones como es fácil de advertir, parten del acogimiento de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

3.3.2.1 El vínculo atenuado. Esta excepción hace referencia a la relación causal cercana que debe, en principio, existir entre la prueba ilícita y la prueba derivada, dicha relación debe ser cercana, es decir, la prueba derivada debe ser la

⁶⁶ DELGADO LLANO, Op. cit., p. 454.

consecuencia o el efecto obvio de la prueba ilícita; en otras palabras su existencia solo puede explicarse a través de ella.

Si a pesar de lo anterior, entre la prueba ilícita y la prueba derivada la cadena causal es muy larga y no existe una conexión o cercanía sólida, tal prueba derivada puede ser admitida y valorada por el juez, ya que la misma no ha sido contaminada y la mancha de ilicitud de la primera prueba se ha desvanecido en la cadena causal⁶⁷.

Aplicar esta excepción puede implicar ciertos riesgos, toda vez que su procedencia depende de la valoración y del subjetivísimo del juez, por tal motivo la doctrina⁶⁸ ha fijado determinados criterios con base en los cuales se puede establecer las condiciones del vínculo atenuado:

Tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas: Si la obtención de la prueba deriva es inmediata a la prueba ilícita, podemos decir que la cadena causal entre las dos es muy cercana y por tanto tal prueba debe ser excluida; por el contrario si entre la prueba derivada y la prueba ilícita ha trascurrido un buen tiempo, la ilicitud puede haberse desvanecido y por lo tanto dicha prueba puede ser admitida y valorada.

Acontecimientos intervinientes entre la prueba ilícita y la prueba derivada: Este parámetro indica que si entre la prueba ilícita y la prueba derivada existen varios acontecimientos, o mejor en la cadena causal aparece que entre la prueba ilícita y

⁶⁷ FARFAN MOLINA, Francisco y VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. La cadena de custodia en la investigación disciplinaria. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007, p. 232.

(...) Para reconocer la noción de atenuado es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error o la conducta de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la constatación de una ilegalidad anterior (...).

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 228 y 229.

(...) Para determinar cuando se rompe el nexo causal o directo entre la prueba originalmente ilegal y la prueba de cargo derivada de esa la Jurisprudencia Norteamericana ha establecido tres criterios: por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud original y la nueva fuente. Por otro, la intencionalidad del agente o Juez, y el efecto disuasorio que sobre él podía tener la inadmisión de la prueba; y por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza de la ilicitud, es decir, el resultado (...).

la derivada han ocurrido otros eventos, la ilicitud de aquella disminuye haciendo posible la valoración de ésta.

Gravedad de la ilicitud: cuanto más grave sea la violación de derechos y garantías fundamentales, acaecidas con la obtención de la prueba ilícita, menor será la probabilidad de valorar la prueba derivada.

Naturaleza de la prueba derivada: si en la prueba derivada existe algún grado de voluntariedad, por ejemplo, un testimonio o confesión, tal prueba puede ser valorada.

Según PARRA QUIJANO, citando a CHIESA:

(...) i) si la cadena entre la evidencia impugnada y la ilegalidad primaria es larga, o el vínculo sólo puede demostrarse mediante argumento sofisticado, la exclusión no es apropiada. En tal caso es altamente improbable que la policía previera la evidencia impugnada, como una consecuencia probable de su ilegitimidad; luego no podía ser una fuerza que motivara la conducta ilegal. De ahí que la amenaza de exclusión no puede operar como disuasorio en esta situación. ii) Lo mismo vale decir cuando la evidencia se usa para un fin relativamente insignificante o altamente inusual. Bajo estas circunstancias, no es probable que, al momento de la ilegalidad primaria, la policía previera o estuviera motivada por el uso potencial de la evidencia, por lo que la amenaza de exclusión no tendría efecto disuasivo. iii) Habida cuenta que el propósito de la regla de exclusión es desalentar conducta oficial indeseable, cuando tal conducta es particularmente ofensiva, el efecto disuasivo debe ser mayor y, por ende, más amplio el alcance de la regla de exclusión. (...)⁶⁹.

Es de aclarar, que no es suficiente la presencia o cumplimiento de uno de los factores mencionados anteriormente, para que se entienda admitida y posiblemente valorada la prueba derivada, de todas formas resulta, por decir lo menos, peligroso para el respeto de los Derechos y garantías fundamentales del procesado, permitirle al Juez realizar estas valoraciones, que de todas formas

⁶⁹ PARRA QUIJANO, Op. cit., p. 802.

serán muy subjetivas y darán paso a la admisión de pruebas ilícitas, que nunca podrían ser valoradas en una administración de Justicia propia de un Estado de Derecho, pues lo ilegal nunca se podrá transformar en legal y menos para fundamentar una posible sentencia de condena en contra de una persona. La administración de Justicia debe propender por la verdad, pero no a cualquier precio.

La excepción del vínculo atenuado (*attenuated connection doctrine*) o también denominado del tinte diluido o de la mancha disipada, consiste en que es tan remoto el nexo causal entre la violación al derecho fundamental y la información obtenida, que ésta no merece ser excluida. Es muy similar, y casi puede entenderse como una modalidad, de la excepción de la fuente independiente⁷⁰.

3.3.2.2 La fuente independiente. Resulta bastante complejo y cuestionable el tema de la exclusión probatoria, en lo relativo a las excepciones de la misma, de acuerdo a ésta, la prueba derivada es lícita, admisible y susceptible de valoración en cuanto fue obtenida de manera independiente a la prueba ilícita y no se deriva de ella, es decir, no existe una relación causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, toda vez que esta última proviene de un árbol sano y limpio de manchas.

Es importante retrotraernos a los orígenes de esta excepción, para lo cual acudimos a GUERRERO PERALTA (2007)., quien nos ilustra acerca del fundamento histórico e indica: “En este sentido la jurisprudencia Norteamérica ha creado tipologías en las que la exclusión no opera, las cuales han sido sometidas a una intensa crítica por parte de los académicos”.

En este punto interesa decir que las limitaciones a las reglas de exclusión, con respecto a la evidencia secundaria, ya aparecen en la famosa sentencia Silverthorne de 1920, toda vez que allí se sostuvo no solo la posibilidad de

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 801.

exclusión de la evidencia derivada de prueba ilícita, sino también la modificación de su efecto al afirmar: “como es obvio esto (la exclusión) no significa que los hechos así obtenidos (ilegalmente) se conviertan en sacros e inaccesibles. Si el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una fuente independiente, pueden ser probados como cualesquiera otros”. Basado en este razonamiento, en la decisión de 1920 surgió la primera consideración de excepción, a la cual se le conoció como excepción de “fuente independiente”⁷¹.

Para esta teoría, no toda prueba que recaiga sobre hechos probados con pruebas ilícitas, puede degenerar en ilícita, es decir, si determinados hechos fueron probados con pruebas ilícitas y por tanto violatorias de derechos y garantías fundamentales, y en consecuencia excluidas, esto no quiere decir que dichos hechos sean intocables o sagrados, pues pueden ser probados a través de pruebas lícitas y provenientes de fuentes independientes a las pruebas ilícitas, siendo aquellas susceptibles de admisión y valoración por el juez.

Al respecto la doctrina ha manifestado: “(...) Según la doctrina de la fuente independiente, la prueba que supuestamente proviene de una prueba primaria ilícita, es admisible, si se demuestra que la evidencia derivada se obtuvo por un medio legal independiente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita (...)”⁷².

“(...) Los hechos que se investigan, cuando se excluye una prueba que los acredita, no significa que se vuelvan sagrados, intocables, o que dejen de ser objeto de prueba, siempre se podrán acreditar por una fuente independiente (...)”⁷³.

⁷¹ GUERRERO PERALTA, Op. cit., p. 434- 435

⁷² FARFAN MOLINA, Op. cit., p. 228 y 229.

⁷³ PARRA QUIJANO, Op. cit., p. 803.

(...) La Corte se refiere a los eventos en los que la evidencia se ha obtenido por un medio perfectamente separado y distinto de la obtención ilegal, es decir, se trata de aquellos casos en los que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que exista entre ellos vínculo alguno. Por esa razón se habla de una “fuente independiente” o como se suele expresar en la doctrina, el problema para el juez es definir cuándo se cosecha el fruto de un árbol venenoso y cuándo de un árbol sano (...) ⁷⁴.

En cuanto a la excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) puede traerse a colación el siguiente aparte doctrinal:

(...) Si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales (Teoría de los frutos del árbol envenenado), pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y ajeno a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, precisamente porque proviene de una “fuente independiente” y es un “fruto de árbol sano.

No obstante, la fuente independiente debe ser anterior a la violación constitucional y no posterior a ésta, pues la comisión de la acción delictiva es precisamente lo que debe demostrarse con la prueba independiente y no obviarla ante la exclusión de la prueba ilícita, ya que si toda la investigación se basare exclusivamente sobre esta última, sería ilegítima y no habría fuente independiente, en la medida en que el conocimiento se habría obtenido precisamente en virtud de presión ejercida, tal como lo ha enseñado la doctrina(...) ⁷⁵.

3.3.2.4 El descubrimiento inevitable. Esta excepción se centra en establecer que una prueba directa derivada de una prueba ilícita, puede ser valorada por el juez, siempre y cuando se demuestre que se podría llegar a ella a través de medios lícitos, independientemente de que la prueba ilícita necesariamente deba ser excluida.

En tales condiciones, si se logra acreditar que la prueba derivada de la prueba ilícita, se puede obtener por medios lícitos, el juez podrá valorarla. Es el establecimiento de un camino legal hipotético, a través del cual se pueda concluir que, con acatamiento de los procedimientos y de la ley, se hubiese llegado a la

⁷⁴ GUERRERO PERALTA, Op. cit., p 435.

⁷⁵ DELGADO LLANO, Op. cit., p. 458.

misma prueba; es un juicio de valor frente a la probabilidad de haber obtenido el mismo resultado pero por medios lícitos.

(...) La doctrina del descubrimiento inevitable, se aplica cuando la fiscalía demuestra que la prueba derivada de la prueba primaria ilícita de todos modos habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original deba ser excluida. (...) se requiere una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. (...) ⁷⁶

(...) Fue consagrada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1984, en el caso *Nix vs. Williams*, “En este caso, la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación al derecho de asistencia de abogado), sobre dónde estaba el cadáver de la víctima. Con base en esa información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible, porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en la búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente. Luego la Corte Suprema caracterizó a la doctrina “descubrimiento inevitable”, como una especie de modalidad o extrapolación de la fuente independiente (...) ⁷⁷.

En cuanto a la excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) puede traerse a colación el siguiente aparte doctrinal:

(...) Si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales (Teoría de los frutos del árbol envenenado), pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y ajeno a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, precisamente porque proviene de una “fuente independiente” y es un “fruto de árbol sano”.

No obstante, la fuente independiente debe ser anterior a la violación constitucional y no posterior a ésta, pues la comisión de la acción delictiva es precisamente lo que debe demostrarse con la prueba independiente y no obviarla ante la exclusión de la prueba ilícita, ya que si toda la investigación se basare exclusivamente sobre esta última, sería ilegítima y no habría fuente independiente, en la medida en que el

⁷⁶ FARFAN MOLINA, Op. cit., p. 229.

⁷⁷ GUERRERO PERALTA, Op. cit., p. 439.

conocimiento se habría obtenido precisamente en virtud de presión ejercida, tal como lo ha enseñado la doctrina (...) ⁷⁸.

Al igual que las anteriores teorías, ésta aunque parece un tanto admisible, en nuestro medio resulta peligrosa, pues le permitiría al funcionario judicial de todas formas afirmar la inevitabilidad del descubrimiento, para arropar con criterios de legalidad a una prueba con fuente ilícita y que conforme al art. 29 superior debería ser excluida.

Preceptúa el inciso 2º del artículo 23 y el artículo 455 de la Ley 906: “Artículo 23...Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

Igualmente el artículo 455 de la Ley 906, establece sobre la 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”.

Según lo anterior, es claro que no sólo es ilícita y debe ser excluida la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, sino todas aquellas que se derivan de ella (*fruit of the poisonous tree doctrine*, o efecto dominó, o relación de antijuridicidad ⁷⁹). Al respecto se ha señalado con absoluta claridad por la jurisprudencia:

(...)[L]as pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso, pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Al mismo tiempo esta doctrina tiene

⁷⁸ DELGADO LLANO, Op. cit., p. 458.

⁷⁹ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. El derecho a la intimidad domiciliaria. Bogotá: Comlibros, 2008, p.123.

un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole, consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación (...) ⁸⁰.

Es apenas consecuente y da carácter metódico al sistema de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en el proceso penal colombiano, que no solo la prueba original se excluya cuando en la misma subyacen violaciones a derechos fundamentales, sino todas aquellas que se deriven o expliquen gracias a ella. Cabe aquí decir que esta regulación se trata de una protección plena a los derechos fundamentales y una ratificación a la gravedad de la sanción jurídica, para excluir del proceso penal la prueba ilícita, pues conlleva que no sólo se excluya una prueba, sino todas aquellas que se derivan de ella o solo se explican a partir de la misma.

Se puede concluir, según se ha anticipado, que esta reglamentación de las pruebas derivadas de la prueba ilícita, no es más que una aplicación clara de derecho positivo sobre la teoría de los frutos del árbol envenenado.

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

Desde antes de la existencia de la Ley 906, la Sentencia SU - 159 de 2002, sentó las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, que a la postre fueron recogidas en dicha ley, de la siguiente manera:

⁸⁰ BERDUGO SAUCEDO, Pedro David (2009). Reglas de Exclusión de la Prueba. En: El Proceso Penal Acusatorio Colombiano – Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, p. 321.

(...) En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba originaria principal sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada.(...)

Estas excepciones, en todo caso y sea dicho de paso, son aplicables a las pruebas derivadas y no a las principales, las cuales siempre deben ser excluidas si son obtenidas con violación al debido proceso, esto es, las excepciones vistas lo son más, respecto de la teoría de los frutos del árbol envenenado y no en sí a la regla general de exclusión de pruebas ilícitas⁸¹.

Al tenor del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, son las excepciones establecidas en la ley, las únicas posibles de invocar respecto de la exclusión de las pruebas derivadas. En otras palabras sólo el legislador puede establecerlas, a diferencia de otras latitudes donde, por vía de jurisprudencia se pueden crear diferentes excepciones a esa inadmisibilidad de la prueba ilícita⁸². En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico, las excepciones a las cláusulas de exclusión son taxativas y no meramente enunciativas.

En resumen, sobre este tópico y su regulación en la Ley 906, conviene tener en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional al analizar el artículo 455:

(...) En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera

⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

⁸² Por ejemplo, en Estados Unidos la jurisprudencia ya ha establecido más de 25 excepciones a esa regla de exclusión de la prueba ilícita.

que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión, se ajustan a la Constitución, por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto (...)⁸³.

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

4. NULIDAD PROCESAL DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA

4.1 NULIDAD: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

La nulidad es una institución jurídica procesal, que sanciona al proceso de manera integral o parcialmente, en el evento de una exclusiva actuación, cuando se hayan vulnerado o trasgredido derechos y garantías fundamentales de todos y cada uno de los sujetos procesales, al no acatarse ni respetarse las normas y formalidades propias del proceso, siempre y cuando no exista otro medio para remediarlo.

Dicho en otros términos, la Nulidad no es más que la sanción jurídica establecida por la ley a las diligencias judiciales defectuosas del procedimiento, que ocasionen un perjuicio únicamente reparable con su declaratoria, la cual debe obedecer a los principios⁸⁴ que la rigen, a saber:

Taxatividad, especificidad o legalidad, artículo 458 C.P.P. Ello significa que la nulidad solo puede decretarse en los casos expresamente señalados por el legislador, lo que se contrae a la nulidad por incompetencia del Juez, Nulidad por violación a garantías fundamentales, Artículos 456 y 457 del Código de Rito.

Sobre este punto, es pertinente efectuar comentario a la nulidad contemplada en el artículo 455 del C.P.P., titulado “NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA” según el cual “...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”, toda vez que la precitada norma, más que abordar la nulidad, lo que hace es referenciar las excepciones a la regla de exclusión probatoria, que contrario a los fines de la institución, lo que hace es legitimar elementos materiales probatorios y evidencias

⁸⁴ CASTRO OSPINA, Op. cit., p. 234-244.

físicas, que puedan provenir de actuación ilícita, lo cual deviene en un contrasentido ontológico, como se demostrará más adelante.

Trascendencia, el artículo 457 del C.P.P establece que se requiere que la irregularidad sustancial, afecte garantías de los sujetos procesales, o atente contra las bases y estructura fundamental del proceso, lo que se concreta en perjuicio para las partes, en dificultad o imposibilidad de ejercer sus derechos y de obtener una decisión justa y adecuada.

Protección. Se pretende con este principio, que el sujeto procesal, o la parte que haya dado lugar o coadyuvado con su conducta a la ocurrencia del acto irregular, pueda alegarla en su favor, lo que como axioma general del derecho se estructura en la imposibilidad de alegar propio dolo en su beneficio. Principio estrechamente ligado al de lealtad, contenido en el artículo 12 de la norma adjetiva.

Convalidación. Se concreta este principio, en la posibilidad de subsanar un acto irregular, con comportamientos, expresos o tácitos de los sujetos procesales o partes, sin que ello permita predicar, que todo acto irregular sea convalidable, toda vez que aquellos de naturaleza sustancial, en el respeto de las garantías fundamentales y la estructura propia del proceso, no son susceptibles de aprobación.

En conclusión de los autores de esta monografía, solo son susceptibles de convalidación, aquellos actos irregulares que no ostenten el carácter de sustancial.

Instrumentalidad de las formas. Este principio, se refiere a aquellos actos irregulares, que pese a su existencia y defecto, de todas maneras cumplen con su objeto, razón por la cual no pueden sancionarse con la invalidez, V.gr. la providencia que no es notificada, pero la parte interpone los recursos de ley.

Ejecutoria material. Según este axioma, existen dos tipos de ejecutoria, la formal y la material, de tal suerte que los actos irregulares que se generen sobre las primeras, son susceptibles de corrección por parte del Juez, más no así con las últimas, es decir la materiales, sobre las cuales el único camino procedente es la declaratoria de la nulidad (Inciso 5°, del artículo 10 del C.P.P., artículo 139 Numeral 3° del C.P.P)

Seguridad Jurídica. Significa que el acto irregular, mientras no sea decretado judicialmente, tiene plena validez y produce efectos jurídicos.

Es de anotar que contra la decisión que resuelve la nulidad, proceden, por ser un auto interlocutorio, los recursos ordinarios de ley, reposición y apelación, de tal suerte que el acto irregular tiene vigencia y obligatoriedad para los sujetos procesales y las partes, hasta tanto la providencia que la decreta no se encuentre debidamente ejecutoriada.

En lo que respecta al tema de nulidad en sede de casación, debe manifestarse que la decisión que se adopte por la Corte Suprema de Justicia, no es susceptible de recursos y en ella se indicará el momento procesal al que se retrotraerá la actuación, en caso de determinar que esta pueda recuperar alguna vigencia; salvo la acción de tutela.

Naturaleza residual. Según este principio, se otorga a la nulidad una connotación extrema, al preceptuar que a ella debe acudir, única y exclusivamente, en ausencia de otro mecanismo que subsane la irregularidad.

4.2 INEXISTENCIA: CONCEPTO

Los actos inexistentes, procesalmente hablando, son aquellos a los que les falta un requisito esencial para su nacimiento. No puede producir efectos jurídicos, es un acto que puede ser repetido y no hay posibilidad de subsanación, ya que el acto nunca ha existido.

Como quiera los actos no existen, no necesitan ser invalidados ni convalidados. Ejemplo: sentencia sin firma del juez, no es un acto jurídico procesal, no existe.

Es menester puntualizar, que la figura jurídica de la inexistencia, preceptuada en el artículo 29 superior, institucionaliza la imposibilidad del nacimiento a la vida jurídica de los actos probatorios, realizados, obtenidos, aducidos o practicados con violación de garantías y derechos fundamentales, lo que conlleva a su exclusión o imposibilidad de valoración por parte del Juez, al igual quien la pretenda hacer valer.

De acuerdo a lo anterior, esta figura jurídica, no recae sobre las decisiones o actuaciones judiciales, sino sobre los elementos probatorios y evidencia física obtenida de manera irregular o inapropiada, con violación de derechos y garantías fundamentales.

4.3 DIFERENCIA ENTRE NULIDAD E INEXISTENCIA

Teniendo en cuenta lo plasmado, pueden extractarse las siguientes diferencias: La nulidad se pregona respecto de los actos procesales, mientras que la inexistencia, recae sobre actos de prueba, entendidos como tales, tanto los elementos materiales probatorios, como la evidencia física, la información e incluso la misma prueba.

La nulidad requiere de decisión judicial que así la declare, esto es, no opera de pleno derecho, mientras que la inexistencia, por tratarse de un acto producido en

las condiciones indicadas, no nace a la vida jurídica y por ende, al ser inexistente, no requiere de decisión judicial, simplemente se retira de la actuación procesal y no puede servir de fundamento a determinación alguna.

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

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

En la nulidad el acto irregular produce efectos jurídicos y por ende es vinculante, hasta tanto esta no se decrete por parte del Juez, mientras que en la inexistencia, no se requiere de decisión judicial, en la medida que el acto de pruebas jamás nació a la vida jurídica y por ende es incapaz de producir efectos de este orden.

4.4 NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Fruto de nuestra tradición jurídica europea continental, suele pensarse que la existencia de una prueba ilícita lleva a la declaratoria de una nulidad procesal. Pero según lo que se ha explicado, ello no es así. Las pruebas ilícitas y sus derivadas deben ser excluidas, pero ello no genera la declaratoria de la anulación de la actuación procesal, ni en todo ni en parte; simple y llanamente la prueba ilícita y sus derivadas no se tienen en cuenta, no se valoran, y se separan de la actuación procesal, sin que ello obligue a su reconstrucción.

Si por ejemplo, la Fiscalía lleva al juicio una prueba ilícita, esta se excluye y el Juez no la tiene en cuenta al momento de hacer la valoración en conjunto del

acervo probatorio, sin más, será el ente investigador quien asuma las consecuencias de intentar ingresar en el debate una evidencia ilícita que se le excluye, en el sentido que, quizás, no logre soportar su teoría del caso al perder uno de sus soportes.

Ya veremos más adelante que solamente en tres casos (tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial) por vía de la jurisprudencia constitucional, la ilicitud de una prueba merece la anulación del proceso y su total reconstrucción, esto es, la nulidad procesal consecuencia de pruebas ilícitas.

De *lege data*, no se deduce qué sucede, si a pesar del sistema de controles de pruebas ilícitas, se filtra una de estas en el proceso y se dicta sentencia con base en ella. Según URBANO MARTÍNEZ⁸⁵, este problema queda solucionado a partir de la Sentencia C-510 de 2005, dándose como solución no solo la nulidad de la prueba, sino la del juicio, y la realización de uno nuevo ante un nuevo Juez.

La Corte Constitucional ha señalado que procede la nulidad de la actuación, cuando la prueba ilícita es fruto de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial. Veamos:

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

⁸⁵ URBANO MARTÍNEZ, Op. cit., p. 41.

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 además remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión, no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana (...)⁸⁶.

Igualmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ratificado que procede la nulidad de todo lo actuado, en caso de una prueba ilícita, sólo en ciertos casos, ratificándose así la postura de la Corte Constitucional.

Al respecto se manifestó:

(...) si la prueba se logra mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, se genera la nulidad de la actuación procesal y se impone el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido de las mismas, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005. (...)⁸⁷.

Incluso, para la misma corporación, es de tal gravedad este tipo de pruebas ilícitas, las que conducen no solo a la exclusión de la prueba sino a la nulidad del proceso, que si el asunto llega a su conocimiento en sede de casación, así no se alegue dicho vicio, se debe proceder a casar la sentencia y a anular la actuación de manera oficiosa⁸⁸.

Es más, en reciente decisión la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reitera tal postura jurisprudencial en la Sentencia 33621 del 10 de marzo de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, donde entre otros aspectos indica:

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Rad.24102 del 23 de abril de 2008, Op. cit.

⁸⁸ *Ibíd.*

De esa manera, el fallo impugnado, en ambas instancias, se sostuvo en prueba lícita e ilícita derivada de tortura, pues aunque el testimonio del joven Mario Alexander Pulido Carvajal no se encuentra afectado de ilegalidad alguna, no sucede lo mismo con las evidencias obtenidas en el curso de la diligencia de allanamiento, independientemente de que la penetración al inmueble de las procesadas por parte de las autoridades policivas, que participaron en el procedimiento, tenga justificación legal en la situación de flagrancia que se analizó ampliamente en el fallo de primera instancia: La exposición verbal así obtenida, en los términos del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 2000, constituyó criterio orientador de la investigación y, en esa medida, se erigió como base para deducir de manera objetiva por parte de las autoridades de la policía, que la conducta ilícita evidenciada a partir de la explosión de la bomba panfletaria continuaba en plena ejecución, de suerte que los miembros de esa institución se dirigieron al lugar indicado por el expositor, y es así como irrumpieron en el inmueble situado en la calle 163 No. 4-26, donde hallaron varios elementos, entre ellos, panfletos alusivos a las FARC. Para el Despacho, la actualidad con que se dieron esos hechos (explosión, captura de Pulido Carvajal y delación) justificaba que las autoridades ingresaran al inmueble donde se encontraban las personas señaladas por el expositor. Tal afirmación se efectúa con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 295 del Código Penal Adjetivo de 2000, si se tiene en cuenta el carácter de ejecución permanente que, como se expresó, reviste el delito de rebelión.

Y no se trata de sopesar en esta instancia extraordinaria la trascendencia o no de la prueba ilícita valorada, pues lo fundamental es el desconocimiento de los fines esenciales del Estado en el curso del proceso penal, como son la realización de los derechos y garantías del individuo, que motivan la nulidad del proceso, en aras de restablecer tales derechos, consecuencia claramente advertida en el fallo de constitucionalidad C-591 de 2005 cuando se dice que 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 sólo 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.

Por tales razones, no queda a la Sala alternativa distinta a la declaración de nulidad de la actuación, para que sea expurgada del proceso, formal, material y definitivamente la prueba ilícita como consecuencia de tortura

infligida a las imputadas en el curso del operativo de allanamiento y captura, ordenándose que, de darse una nueva acusación, el proceso pase al conocimiento de un juez distinto⁸⁹.

Así pues y ratificando la idea antes plasmada, no hay lugar a nulidades procesales por pruebas ilícitas, salvo en los especiales y particulares casos que hemos comentado.

Para todos los demás eventos, el camino procesal adecuado no es otro, que el de la exclusión probatoria, con las consecuencias inherentes a cada proceso en particular, dando lugar incluso a la interposición de un recurso extraordinario de casación, por violación indirecta de la ley, consistente en error de derecho por falso juicio de legalidad, pero jamás una nulidad. En otras palabras la nulidad, como última sanción procesal, solo es aplicable en asuntos de extrema gravedad como los indicados, toda vez que atentan y trasgreden gravemente el principio de dignidad humana, sobre el cual se estructura Constitucional y legalmente el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

⁸⁹ Ibíd.

5. OPORTUNIDADES PROCESALES PARA LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

5.1 ADMISIÓN PROBATORIA: CONCEPTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, se tiene que los medios probatorios, tienen por finalidad llevar a conocimiento del Juzgador, mas allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia de enjuiciamiento, así como de la responsabilidad penal del acusado.

Es ese orden, la procedencia de la prueba, se encuentra estrechamente vinculada a las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad.

Sobre el tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹⁰, expresó que la conducencia supone, que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley, como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado.

Tenemos así, que la conducencia está ligada a que el medio de prueba sea permitido por la ley. Sin más consideraciones, todo elemento probatorio, evidencia lícita e información válidamente recaudada, tienen vocación probatoria, desde la óptica de la conducencia, más este simple hecho, no implica su decreto, el cual se encuentra supeditado a las demás exigencias.

La pertinencia, como otro de los presupuestos de procedencia de la prueba, señala la Corte, no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para a demostrar un tópico de interés al trámite. En otras palabras, un medio probatorio, resulta pertinente, única y

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Decisión de segunda instancia, No. 33212 del 12 de Abril de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

exclusivamente, cuando tiene relación directa con los hechos y circunstancias objetos del debate.

Ahora bien, la racionalidad del medio probatorio, se relaciona con la viabilidad real de su práctica, dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización. Dicho de otra manera, la racionalidad no es más que la posibilidad real y material de la práctica del medio probatorio.

Finalmente la utilidad de la prueba, se refiere a su aporte concreto, al punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente.

5.2 EXCLUSIÓN PROBATORIA: CONCEPTO

Se entiende por exclusión probatoria, aquella sanción procesal que opera de pleno derecho, frente a la invalidez de elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informaciones, obtenidas vulnerando derechos o garantías fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, lo que constituye evidencia ilícita; o violando las formas propias, es decir el debido proceso, en su obtención, preservación y aducción, lo que se denomina prueba ilegal.

Sobre el tema la doctrina⁹¹, ha expresado que todo dato objetivo debe introducirse al proceso en forma legal. Siendo la legalidad un presupuesto indispensable para la utilización de aquellos.

La posibilidad de la ilegitimidad del elemento material probatorio, la evidencia física o la información, puede originarse en dos motivos: por su irregular obtención (prueba ilícita) o por su irregular incorporación al proceso (prueba ilegal).

⁹¹ <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/46/32>

La Honorable Corte Constitucional⁹², reitera la exclusión de la investigación o del proceso de la prueba ilícita, sin importar la etapa procesal. Dicho de otro modo, en palabras de la Corte, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el Juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento, e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales, pueda hacerse. Debe evitarse entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del Juez. Ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita, tiene vocación para ser valorada en etapa alguna del proceso penal.

5.3 DIFERENCIA ENTRE INADMISIÓN Y EXCLUSIÓN PROBATORIA

De acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, deviene lógico el concluir que la diferencia fundamental entre inadmisión y exclusión probatoria, radica en que la primera ópera para aquellos elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones válidamente obtenidas, que no reúnen las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad, mientras que la exclusión probatoria se presenta frente a la invalidez de estos, bien porque fueron obtenidos con violación de derechos y garantías fundamentales o con vulneración al debido proceso.

Se configura una segunda distinción entre inadmisión y exclusión probatoria, en el hecho trascendental que un operador judicial puede eventualmente, aceptar el ingreso al proceso V.gr. de una prueba impertinente, e incluso puede llegar a valorarla, circunstancia que no se puede predicar de la prueba ilícita o ilegal, en la medida que esta jamás puede llegar a ser parte del proceso volitivo del juez para arribar a una decisión.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-2010 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5.4 EL ENCARGADO DE EXCLUIR LAS PRUEBAS ILÍCITAS

El Juez es quien, en últimas, efectúa el control de las actuaciones del ente investigador, especialmente el Juez con función de control de garantías, pero es el Fiscal en sí, como director de la fase de indagación e investigación, quien está llamado a ser el “efectivo garante de los derechos constitucionales”⁹³, es decir, “el primer filtro de legalidad de la actuación no lo constituye el juez de control de garantías, sino el propio fiscal”⁹⁴. Precisamente, el carácter de exclusividad de la labor investigativa en cabeza de la Fiscalía, tiene como consecuencia que ésta verifique la necesidad del acto de investigación, en tanto estos, muchas veces, implican la restricción o limitación de derechos fundamentales⁹⁵.

El Fiscal del caso, al elaborar el programa metodológico, debe tener en cuenta la idoneidad de los actos de investigación que pretende realizar.

Dicha idoneidad no sólo tiene que ver con la utilidad de la labor investigativa a realizar, sino también con su relación con la afectación a garantías fundamentales, al punto, que no podrá realizar un acto de investigación que viole derechos fundamentales, si la utilidad del mismo no justifica o hace razonable tal trasgresión.

Ahora bien, el sistema procesal penal que plantea la Ley 906, trae como consecuencia que todo acto relacionado con la afectación de derechos fundamentales, V.gr. los actos de investigación, los cuales gozan de reserva judicial para su autorización y/o posterior control. Esto es, el Juez de control de garantías está llamado a controlar que las actuaciones del ente investigador, no transgredan derechos fundamentales, y que si esto es necesario, dicho Juez lo

⁹³ CADAVID BOTERO y BEDOYA SIERRA, Op.cit.

⁹⁴ Ibíd.

⁹⁵ Ibíd.

URBANO MARTÍNEZ, Op. cit., p. 397.

autorice y/o posteriormente verifique los presupuestos que justifiquen dicha intromisión de las garantías fundamentales, y si tales actuaciones se ejecutaron dentro de límites razonables.

Así entonces, en el sistema acusatorio colombiano se cuenta con tres fases de control de la juridicidad de las evidencias: (i) durante la fase de indagación; control que debe hacer tanto la policía judicial, el propio Fiscal quien la dirige y coordina y el Juez con función de Control de Garantías, en aquellos actos que requieren de control previo y posterior; (ii) En etapa de investigación; el control que hace tanto el Fiscal como primer garante de los actos de investigación, como el juez de control de garantías; y (iii) el control de exclusión de evidencias que se hace en la fase de juzgamiento; especialmente en sede de la audiencia preparatoria como el escenario natural del descubrimiento de la evidencia en dicho espacio⁹⁶ procesal.

En este orden de ideas, todos los servidores públicos que intervienen en el proceso penal, sean Jueces o sean Fiscales, están llamados a evitar las pruebas ilícitas y a excluirlas si es del caso. Inclusive, consideramos que hasta los funcionarios de policía judicial tienen ese deber, por ser los primeros en tener contacto con las evidencias y elementos materiales probatorios.

Dichos funcionarios deben actuar así, no sólo para procurar el respeto de los derechos fundamentales y hacer realidad los preceptos legales y constitucionales en la materia, sino también para evitar un desgaste innecesario de los recursos del Estado, en el sentido que si ellos no se preocupan por lograr evidencias y

⁹⁶ COLOMBIA. Sentencia de casación No.27.608, 29 de junio de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa. No hay que olvidar que la Corte Suprema de Justicia, al sentar jurisprudencia en este tema, ha indicado que también son escenarios normales de descubrimiento probatorio el escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación, y, por excepción, la misma audiencia de juicio oral. También Cfr. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008, p. 380 y ss.

elementos materiales de prueba lícitos, en un momento procesal posterior se perderán, como consecuencia de la aplicación de la regla de exclusión.

5.5 EL ESCENARIO PROCESAL DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Si hemos dicho, que tanto el ente investigador, al igual que los funcionarios de policía judicial, como los Jueces, son competentes para, de una u otra forma, evitar las pruebas ilícitas y proceder a excluirlas, lo cierto es que es la fase de juzgamiento, en principio, el escenario procesal idóneo para proceder a la depuración de las evidencias y elementos materiales probatorios violatorios de garantías fundamentales, y así evitar que en la audiencia pública se transformen en pruebas en estricto sentido.

La oportunidad de exclusión de las pruebas ilícitas, está directamente relacionada con los momentos procesales del descubrimiento de las mismas. *De lege data* este momento es la audiencia preparatoria⁹⁷, será allí donde de ordinario se harán las exclusiones de las pruebas ilícitas.

Pese a lo anterior, nada impide que en la fase de indagación e investigación, cuando se obtenga o produzca un elemento material probatorio, evidencia física o información, con vocación probatoria, se proceda a hacer esa exclusión, bien sea por la policía judicial, por la Fiscalía como directora y coordinadora de la investigación y de ser necesario por el Juez con Función de Control de Garantías, coloraría de haber sido obtenidos de manera ilegal o en forma ilícita.

Sobre el particular, en concepto de la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹⁸, la facultad de exclusión probatoria, por parte del Juez con Función de Control de Garantías, solo procede en los 5 eventos expresamente

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Arts. 355 y 359.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 26310 del 16 de mayo de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

consagrados en la Ley, esto es en la verificación de la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios: en cumplimiento de las órdenes de registro, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, u otros medio similares.

Complementado lo anterior, resulta claro que desde las mismas audiencias preliminares, el Juez con función de control de garantías, al declarar la ilegalidad a manera de ejemplo de la orden de allanamiento expedida por la Fiscalía, o de la propia diligencia, consecuentemente está excluyendo todos los elementos materiales de prueba, evidencia física o información recogida en la misma, lo que se traduce claramente en una exclusión probatoria. Igual ocurre cuando se realiza una diligencia de registro con consentimiento del morador, si tal manifestación de voluntad no es verificada por el Juez de garantías dentro del control posterior, de acuerdo a lo establecido en la Jurisprudencia C-806 de 2009, donde se declaró exequible condicionadamente el No. 1 del art. 230 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que tal diligencia debe someterse al control aludido.

Del mismo modo y a manera de ejemplo, sin perder de vista que un capítulo posterior va a tratarse el tema jurisprudencial, es oportuno traer a colación el tema relacionado con el art. 245 del C.P.P., sobre los exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado, donde en el inciso segundo se establece únicamente el control posterior, lo cual fue declarado inexecutable en la Sentencia C-334 de 2010, en el sentido de exigir para estos eventos igualmente control previo por parte del Juez con función de control de garantías y su omisión de igual forma daría lugar a la exclusión.

Igual ocurre con todas las actuaciones de la Policía Judicial, que deben estar sometidas a control bien sea previo o posterior, si el Juez con función de control de garantías declara ilegal tales procedimientos, deviene en consecuencia la

exclusión “probatoria”, sin necesidad de esperar la instancia de la audiencia preparatoria del juicio oral para proceder de conformidad.

De esta manera, la audiencia de formulación de acusación⁹⁹, aún cuando su esencia y razón de ser es la de delimitar el marco del debate jurídico que ocurrirá en el juicio oral, a partir del escrito de acusación de la Fiscalía, previamente dado a conocer a los demás sujetos procesales, en tanto se trata de un escenario en el que se inicia el descubrimiento probatorio, nada impide que desde allí, para ir depurando el acervo de evidencias, se realicen las exclusiones probatorias que sean del caso. Aunque no se establezca expresamente en la ley esta posibilidad de exclusión de pruebas, bajo el entendido armónico de la legislación, de que todo momento procesal es idóneo para evitar la consolidación de violaciones a derechos fundamentales, es válido el afirmar, que en la audiencia de formulación de acusación, pueda ocurrir la exclusión de “prueba” ilícita.

Otro tanto cabe decir de la audiencia del juicio oral. Así el filtro ordinario de exclusión de pruebas ilícitas haya tenido lugar antes de esta audiencia, es decir la audiencia preparatoria, no significa que si al juicio oral llega una prueba violatoria de garantías fundamentales, no deba ser excluida¹⁰⁰.

Lo anterior, por cuanto el concepto de ilicitud, no puede ser subsanado, convalidado, ni depurado, en estricto ceñimiento del principio de eventualidad o preclusión, esto es, que se hubiese superado la audiencia preparatoria, sin la solicitud de exclusión por el legítimo interesado, pues ello riñe con un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se pregona el estricto acatamiento y respeto de los derechos y garantías fundamentales, que eventualmente podría desencadenar en una sentencia viciada de ilicitud por un falso juicio de legalidad.

⁹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Arts.338 y ss.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de segunda instancia No. 36611 del 22 de junio de 2011M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

5.6 LOS MOTIVOS FUNDADOS Y LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

5.6.1 Motivos fundados. Concepto. Los motivos fundados son hechos y situaciones fácticas objetivas, indicativas de la posible ocurrencia de una conducta punible que está siendo investigada, donde se tiene como posible autor o participe a la persona o personas, sobre las cuales se va a ordenar una actuación investigativa, que afecta derechos y garantías fundamentales.

El motivo fundado¹⁰¹ que justifica una limitación o afectación a un derecho o garantía fundamental, V.gr. intimidad, libertad, etc., es entonces un conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que la persona que va a ser afectada, es probablemente autora de una infracción o participe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial, no constituyen motivo fundado.

Es oportuno citar las palabras del tratadista ERNESTO L. CHIESSA APONTE¹⁰², para quien resultan sinónimas las expresiones “motivos fundados” y “causa probable”, las que define:

El concepto de causa probable es uno que debe entenderse a base de la noción de probabilidad, esto es, algo más que posibilidad y mucho menos que certeza. Se trata de un concepto objetivo en el sentido de que se trata del juicio de una persona razonable o promedio, y no del juicio del genio o escéptico, no basta la creencia subjetiva en la probabilidad, sino que debe ser una probabilidad fundada objetivamente. Esto no excluye, que se tome en cuenta la experiencia y entrenamiento de los agentes que solicitan la orden y prestan las declaraciones juradas.

5.6.2 Exclusión probatoria por inexistencia de motivos fundados. Es tal la relevancia y trascendencia de sustentar y respaldar debidamente los motivos

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰² CHIESA APONTE, Ernesto L Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos. 1ª Reimpresión, Vol. 1º. Capítulos uno al noveno. Editorial FORUM, 1995, p. 237.

fundados, con información válidamente recolectada, que conlleven a proferir una decisión encaminada a afectar derechos o garantías fundamentales, a tal punto, que la falta de soporte, hace que se decrete la ilegalidad de la orden expedida, y de contera, a que se disponga la exclusión de los elementos materiales y evidencia física recolectados en la propia diligencia, que eventualmente, en lo que respecta a su práctica, pudo ser legítima.

En el anterior caso, vuelvo a recalcar, la exclusión se da no por el desarrollo de la diligencia, más sí por la obtención de la orden que autorizaba la práctica de esta.

En este orden de ideas, es válido afirmar que la falta de sustento para los “motivos fundados”, da lugar a la ilegalidad de la orden, bien sea de registro, allanamiento, interceptación de comunicaciones, etc., y por ende, por sustracción de materia, a la exclusiones de todos y cada uno de los elementos materiales, evidencias físicas e informaciones recaudadas, con ocasión de la orden obtenida ilegalmente.

Debe tenerse en cuenta, que según la propia división que plantea la Ley 906 de 2004, existen actos de indagación e investigación que no afectan derechos fundamentales¹⁰³ y otros que sí¹⁰⁴. Estos últimos, siempre exigen la autorización del Juez de control de garantías y/o posterior control de ejecución por parte del mismo funcionario. Y este tipo de diligencias, sólo son ordenadas por el Juez de Control de Garantías cuando el Fiscal del caso, al solicitar la autorización para realizar el acto de investigación, le proporcione “motivos fundados”¹⁰⁵ que ameriten o justifiquen la realización del acto que conlleva la trasgresión de garantías fundamentales. Adicionalmente, se debe tener claro que esos motivos fundados no se tratan de simples apreciaciones subjetivas del ente investigador,

¹⁰³ COLOMBIA. CONGRESO DELA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Art. 221°.

sino que deben gozar de carácter objetivo, pues sino fuera así su control no podría ser una realidad¹⁰⁶.

A esta instancia, deviene oportuno efectuar algunos comentarios en torno a la diligencia de allanamiento y la interceptación de correspondencia:

En cuanto a la diligencia de allanamiento, debe tenerse en cuenta que existen lugares que, aun cuando formalmente son propiedad privada, en tanto sobre ellos no hay una verdadera expectativa de intimidad, los funcionarios pueden recopilar evidencia sin necesidad de la orden correspondiente.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la exclusión en materia de allanamientos y registros, en concreto, las evidencias y elementos materiales probatorios que se obtienen en él, la Ley 906 en su texto original permitía que sólo se excluyeran las que tuvieran una directa y exclusiva relación con el allanamiento, y que fueran empleados como medio de impugnación. Sin embargo, la Corte Constitucional, enfatizando la regla de exclusión de pruebas ilícitas y la postura de no aceptar demasiadas excepciones a esa regla, declarando inconstitucionales algunos apartes del artículo 232¹⁰⁷, siendo contundente al señalar:

(...) La disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella, carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del

¹⁰⁶ CADAVID BOTERO y BEDOYA SIERRA, Op.cit., 92 y ss.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. ° 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]. Apartes entre corchetes inexequibles: Sentencia C-510 de 2005 y C-210 de 2007.

debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso, pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad (...)¹⁰⁸.

(...) En este orden de ideas, como se advierte, la prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal, de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos, no solo consiste en la expulsión material de esos elementos, sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en su segunda instancia (...)¹⁰⁹.

En el mismo sentido y en lo que tiene que ver con los motivos fundados de que trata el art. 220 C.P.P., para sustentar una orden de registro y allanamiento, se debe resaltar que no se trata sólo de consideraciones subjetivas del funcionario, sino que debe tener pleno respaldo con elementos materiales probatorios, información y evidencia validamente recaudada, al punto que la Corte Constitucional en sentencia C-673 de 2005 impone al Fiscal, la obligación de estar presente al momento de tomar la entrevista al informante o la declaración al testigo, para que pueda valorar de manera directa su credibilidad; de no hacerlo, es viable decretar la ilegalidad de la orden y por ende la exclusión de los elementos materiales probatorios obtenidos en la diligencia correspondiente. Veamos:

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-510 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

... Al respecto, el segundo inciso del art. 221 del nuevo código de procedimiento penal determina, que cuando se trata de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. En tanto que si se trata de un informante la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable, precisando que de todas maneras los datos del informante serán reservados inclusive para los efectos de la audiencia ante el Juez de control de garantías¹¹⁰.

Así las cosas, la declaración jurada de testigo o informante, sirve de respaldo al Fiscal, por considerar que existen motivos fundados para decretar una orden de allanamiento y registro, encaminada a la obtención de materiales probatorios y evidencia física, o a la captura del indiciado, imputado o condenado, pero ésta no puede ser considerada como declaración de un testigo de cargo.

.... Siendo ello así, resulta constitucionalmente inadmisibles que cuando se trate de informantes, quienes rinden una declaración jurada, el fiscal no cuente con la facultad de interrogarlo con el fin de apreciar mejor su credibilidad. En efecto, no basta con que la policía judicial le precise al funcionario judicial la identificación del informante y le explique las razones por las cuales le resulta confiable, si el fiscal no puede adelantar sus propias valoraciones, con base en las cuales, se insiste, se procederá a adoptar una medida restrictiva al ejercicio de un derecho fundamental. Por lo tanto, en el caso del informante, también deberá proceder la posibilidad de que eventualmente el fiscal que dirige la investigación pueda interrogarlo¹¹¹.

Queda así claro, que todo elemento material probatorio obtenido en una diligencia ilegal, tanto en su orden, como en su realización, da lugar a su exclusión y no solo la que dependa directa y exclusivamente de la misma, como lo señalaba en el art. 232 adjetivo, el cual en dicho aparte fue declarado inexecutable en la sentencia C- 591 de 2005, MP Clara Inés Vargas Hernández, quien se expresó en los siguientes términos:

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 de 2005. M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹¹ *Ibíd.*

Pero la disposición acusada dispone, que tan solo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella, carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del art. 29 Constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el art. 29 superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma, queda contaminada, carece de validez y debe ser excluida de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente¹¹².

Si bien es cierta la Ley prevé la excepción de orden judicial, en materia de allanamientos, cuando medie autorización del propietario o morador, es menester resaltar que la policía judicial debe contar, previamente con motivos fundados para solicitar la respectiva autorización. A más de ello, tanto el consentimiento del propietario o morador, como de la diligencia en sí, está sometida control posterior, por parte del Juez de Control de Garantías.

Sobre el tema, expreso la Corte Constitucional en Sentencia C-806 de 2009, con ponencia de la Doctora María Victoria Calle Correa:

“El numeral 1 del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, consagra una de las excepciones a la formalidad de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación como condición previa a la realización del allanamiento, que prevé la autorización expresa del propietario o morador del domicilio objeto de registro que pueda verse afectado con su realización, siendo el motivo que justifica esta modalidad de allanamiento la realización de una investigación penal y la formalidad exigida, que el consentimiento del propietario, o morador del domicilio o de la persona afectada con el allanamiento sea dado libremente, por lo que la mera ausencia de objeciones no se considera suficiente. La autorización libre y

¹¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005, Op. cit.

expresa del titular de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, deriva esta forma de allanamiento en un acto razonable y proporcionado siempre que el consentimiento haya sido manifestado de manera libre y expresa. No obstante, dado que la excepción planteada sólo lo es frente a la exigencia de una orden escrita de autoridad judicial, pero no frente al requisito del control judicial posterior que establece el numeral 2º del artículo 250 de la Carta, el allanamiento excepcional previsto en la norma, debe someterse al examen del juez de control de garantías, quien valorará en cada caso si el consentimiento dado por el afectado por la diligencia de allanamiento fue libre y expreso, o si por el contrario fue fruto de un acto arbitrario o abusivo.

En lo que tiene que ver con el acto de retención de correspondencia, entendida esta como una simple inspección superficial o externa, mas no de contenido, no debe considerarse que requiera orden del Fiscal. *Contrario sensu*, aquellas labores rutinarias de verificación de contenidos de los sobres y paquetes, si requieren orden del Fiscal y control judicial posterior¹¹³, sin perder de vista el contenido del art. 233 de la Ley 906 de 2004, en cuanto para que proceda esta labor de indagación o investigación, deben exigirse los elementos de prueba suficientes para demostrar los motivos razonablemente fundados, para inferir que exista información útil para la investigación, siendo viable exigir el cumplimiento de los criterios establecidos para los registros y allanamientos, por lo que la jurisprudencia existente, sobre este tópico, resulta aplicable en lo que al tema de retención de correspondencia sea pertinente.

¹¹³ CADAVID BOTERO y BEDOYA SIERRA, Op.cit., p. 412.

6. LA PRUEBA ILÍCITA Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LAS LEYES 600 DE 2000 Y 906 DE 2004

Dada la trascendencia y controversia que suscita en nuestro ordenamiento jurídico el tema de la exclusión probatoria, se hace menester, el sostener y demostrar, cómo en la actualidad el tema propuesto no encuentra unidad de criterio entre los diversos operadores judiciales, a punto tal, que subsisten y cohabitan dos líneas jurisprudenciales casi análogas, en el entendido que admiten la exclusión probatoria en los términos del artículo 29 superior, y la nulidad procesal en los eventos de tortura, desaparición forzada y delitos de lesa humanidad, apartándose única y exclusivamente en lo relacionado con el momento procesal en el que es viable su exclusión y que por ende es el soporte de esta monografía, para lo cual nos permitiremos referenciar una gama de jurisprudencias, tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que servirán de sustento a lo señalado, para evidenciar con absoluta claridad las apreciaciones antes indicadas. Veamos:

6.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA

Sentencia SU-159/02, del 6 de marzo de 2002, MP MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Se refiere a la exclusión de la prueba que denomina de una parte Inconstitucional y por la otra Ilícita, que por sí solas no acarrearían la nulidad del proceso, sino su exclusión con forme al Artículo 29 Superior. Estableció que para el legislador existen dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de pruebas, a saber: “i) la prueba inconstitucional, o la que se obtiene violando derechos fundamentales, y ii) la prueba ilícita, o la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba”. Añadió:

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso, al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales, o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales. En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal, en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba, incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales, tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, exige que el funcionario judicial de manera expresa determine, que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

En Sentencia C-591/2005, del 9 de junio de 2005 MP Clara Inés Vargas. Plantea que, en una interpretación armónica del artículo 29 Superior, conlleva a que las reglas de exclusión sean aplicables durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio, sino en las etapas anteriores a él, con la

posibilidad de excluir no solamente pruebas sino también elementos materiales probatorios y evidencias físicas. También la Corte establece los criterios para determinar si una prueba deriva o no de otra (vinculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable).

Igualmente, se establece que cuando la prueba ha sido obtenida mediante la perpetración de crímenes de lesa humanidad, genera la Nulidad de todo lo actuado por violación de las garantías fundamentales.

Al respecto, se hace menester transcribir los apartes de la sentencia, relacionados con la demanda, el problema jurídico y la decisión adoptada por la Corte, respecto de la exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, para efectos de comprender y analizar el por qué el desacuerdo frente a la decisión adoptada.

De la demanda:

“En lo que concierne al artículo 455 considera la demandante que, al consagrar unos criterios para que la prueba ilegal pueda tener valor vulnera el artículo 29 Superior, ya que “no hay excepción a la prueba obtenida con violación al debido proceso, su consecuencia es que es nula de pleno derecho, es decir, inexistente”.

Problema jurídico: “Le corresponde a la Corte determinar si las disposiciones acusadas ordenan darle valor probatorio a pruebas obtenidas con violación al debido proceso, en flagrante contradicción con el artículo 29 constitucional”.

Decisión:

“Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya

sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, para efectos de aplicar la regla de exclusión, se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal, sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto”.

Resulta un contrasentido, que la Corte, en esta misma decisión, y en lo que respecta a la norma en comento, haya declarado exequible el citado artículo 455, el cual, a pesar de denominarse como nulidad derivada de la prueba ilícita, lo que hace es establecer los criterios, de vinculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley para los efectos del artículo 23 de la misma codificación.

Acertadamente se declaró exequible, de manera integral el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, que en desarrollo del artículo 29 superior, preceptúa que es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, la cual deberá excluirse de la actuación procesal.

A renglón seguido, la norma citada, descarta la posibilidad de legitimar, las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia, lo que como ya se advirtió es secuela de la aplicación razonable de la norma superior, sin que se consagre aquí excepción alguna.

Claro lo anterior, deviene contradictoria la sentencia en lo que hace relación con el artículo 455 y su declaratoria de exequibilidad por parte de la Corte, acerca de la consideración de los criterios que se constituyen en las excepciones a las

reglas de exclusión, lo que transgrede el artículo 29 superior y el mismo artículo 23 ya referido. Esto es, en Colombia, Constitucionalmente no deben existir excepciones a las reglas de exclusión en materia probatoria.

Dicho en otros términos, la ilegalidad puede ser fuente de legalidad, esto es, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”, como lo manifestara el Doctor YESID RAMIREZ BASTIDAS en sentencia proferida bajo radicación 29416 del 23 de abril de 2008, refiriéndose a este tema. Ahora bien, en lo que respecta al tema que nos ocupa, es decir la oportunidad procesal, en la que opera la exclusión probatoria, debe resaltarse la postura de la Corte Constitucional, cuando señala que ésta es viable en cualquier momento de la actuación, aspecto sobre el cual nos encontramos totalmente de acuerdo.

Sobre este punto expresó la Corte en la misma providencia: “Una interpretación armónica del artículo 29 Superior, con las nuevas disposiciones constitucionales, mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio, sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”.

Sentencia C-210 de 2007, del 21 de marzo, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA. Mediante esta sentencia se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 92, 97, 118, 119, 232, 327 de la Ley 906, demandante GUILLERMO OTALORA LOZANO, donde en su numeral 4°, que es lo que concita la atención del trabajo, se declaró INEXEQUIBLE la expresión: “*y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación*”, artículo 232 de ley 906 de 200, sobre este particular, la corte considera que no se le puede otorgar vocación, para ser valorada en ninguna etapa del proceso, tanto al elemento probatorio como a la prueba ilícita.

“En consideración con todo lo expuesto, la Sala concluye que, contrario a lo expresado por el Fiscal General de la Nación, en ningún caso, ni cuando se trata de impugnación de decisiones judiciales, ni de impugnación de testimonios, ni de defensa de los derechos de las víctimas, pueden ser consideradas válidas pruebas, materiales probatorios o evidencias físicas, que son nulas por violación del debido proceso, pues la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita directa y derivada es contundente y sólo admitiría excepciones suficientemente justificadas en el texto superior. Sin embargo, en este asunto, no se evidencia que, en ninguno de los casos planteados por la Fiscalía, el legislador pudiere establecer excepción a la regla de protección del debido proceso. Así, teniendo en cuenta que el Constituyente y el Legislador diseñaron un conjunto de instrumentos procesales y sustanciales dirigidos a preservar el derecho del indiciado, imputado o condenado, a gozar de un proceso penal con todas las garantías y, en especial, con la garantía de respeto por el debido proceso y la exclusión de la prueba prohibida, la Corte declarará la inexecutable de la expresión demandada”.

De la línea jurisprudencial planteada por la Corte Constitucional, se extraen criterios liberales y de contenido garantista, acordes con un Estado Social y Democrático de Derecho, donde se realiza el respeto por la Dignidad Humana, el debido proceso en su conjunto, siendo clara en indicar que la prueba ilícita no tiene vocación probatoria en ninguna etapa del proceso y que se debe conducir a su exclusión en cualquier momento del mismo, al igual que la prueba inconstitucional obtenida mediante la tortura, o con la perpetración de crímenes de lesa humanidad, acarrearán indefectiblemente la Nulidad procesal.

Lo anterior con la salvedad de la declaratoria de exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, pues ello a criterio nuestro, contravine el precepto constitucional, artículo 29, en la medida que este no contempla excepción alguna a la regla de exclusión probatoria.

6.2 JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como se enuncio en precedencia, en este acápite se busca poner de presente el concepto y la línea jurisprudencial que sobre el tema de la exclusión probatoria, ha sostenido dicha corporación, en vigencia de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, en las cuales se resalta la coincidencia con el criterio de la Corte constitucional, sobre la posibilidad de la exclusión de la prueba ilícita, pero no ocurriendo lo mismo respecto del momento procesal en que se hace procedente, la decisión judicial sobre su exclusión.

En este orden de ideas, debe plasmarse el antecedente jurisprudencial en los siguientes términos: Sentencia 14043 del 7 de marzo de 2002, M.P. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO. En esta sentencia, la Corte excluye por ilícita, el testimonio rendido por el médico que atendió a la señora ALBA LUCIA RODRIGUEZ CARDONA condenada por el H. Tribunal Superior de Antioquia por la Muerte de su menor Hija, por cuanto el médico y la enfermera no estaban obligados a declarar y no se le realizo tal salvedad, deviniendo como ilegales tales testimonios, casó la sentencia y absolvió a la acusada.

Debe resaltarse y compartirse, la decisión de absolver a la acusada como consecuencia de la exclusión de la prueba incriminatoria por la ilicitud aludida en la sentencia, toda vez que uno de los fines esenciales de la casación es juzgar la legalidad del fallo judicial, mas no del caso en concreto, pues de hacerlo, se convertirá en una tercera instancia, lo cual desnaturaliza la institución, pues de haber sido así, se hubiese podido decretar la nulidad procesal, inclusive a partir del cierre de la investigación, de acuerdo a la ritualidad vigente, brindando la posibilidad, al operador judicial, de corregir su yerro en detrimento de los derechos y garantías de la procesada. Señaló la Sala sobre el tema: “4. Falso juicio de legalidad y secreto profesional. De acuerdo con el testimonio del médico

JAIRO ADOLFO GÓMEZ ADARME y de la auxiliar de enfermería LUZ MARINA DÍAZ, la paciente ALBA LUCÍA RODRÍGUEZ CARDONA, en el curso de la anamnesis o exploración verbal sobre los motivos de su consulta, les confió que ella había tomado a la criatura por el cuello hasta asfixiarla (fs. 33 y 34). Estas manifestaciones testimoniales sirvieron a los juzgadores para probar y reforzar la hipótesis de la estrangulación manual, o quizá fue el malhadado prejuicio incrustado sin malicia en sus mentes para incurrir en los errores técnicos y judiciales que antes se han señalado”.

“En este caso, el médico, el fiscal y los juzgadores olvidaron flagrantemente el derecho al secreto profesional, que no se traduce en un privilegio para el profesional que recibe la confidencia, sino que apunta a preservar los derechos fundamentales de la intimidad, la honra y el buen nombre de la persona confidente. La estructura dinámica del secreto profesional, es la de un derecho-deber, porque salvaguarda el derecho a la intimidad de la persona que se ve obligada a confiar en el profesional, quien correlativamente tiene el deber de protegerlo y no comunicarlo a terceros, ni aún a las autoridades, tanto por respeto al confidente, como en virtud del interés público en el correcto ejercicio de las profesiones”.

“Y en cuanto al suministro de información a las autoridades, ciertamente el artículo 336 del anterior Código de Procedimiento Penal (así como el artículo 291 del vigente), apenas obliga al médico o personal encargado a dar aviso del ingreso al centro asistencial de la persona que padezca un daño en el cuerpo o en la salud, pero no más. Otros datos, salvo los que tenga que ver directamente con la pericia, están vedados para su divulgación, como lo enseña la Corte Constitucional...”.

“Como el mismo deber de secreto profesional se extiende y compromete a los auxiliares del servicio médico, conforme con el artículo 39 de la Ley 23 de 1981,

resultan manifiestamente ilegales las declaraciones del médico JAIRO ADOLFO GÓMEZ ADARME y de la enfermera LUZ MARINA DÍAZ, tan caras al fundamento de la imputación material de una conducta homicida a la procesada ALBA LUCÍA RODRÍGUEZ CARDONA”.

“Esa manifiesta ilegalidad de los testimonios que se reciben en violación del secreto profesional, ya fue reconocida por la Corte en la sentencia de casación del 12 de diciembre de 1995, con ponencia del magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote”.

“A manera de conclusión, tanto el falso raciocinio cometido sobre la experticia médico-legal, como el falso juicio de legalidad que afecta los dos testimonios destacados, ambas pruebas fundamentales para sustentar la condena en las instancias, justifica la casación del fallo por error de hecho y de derecho. En consecuencia, de conformidad con el artículo 217-1 del Código de Procedimiento Penal, se sustituirá el fallo condenatorio demandado por otro de carácter absolutorio”.

En Sentencia 16557 del 22 de octubre de 2003 MP MAURO SOLARTE PORTILLA, Tribunal de Medellín condenó a ELKIN DE JESUS GALEANO CANO, se presentó la solicitud de NULIDAD por falta de defensa técnica, pero en la demanda se alegaron otros temas relacionados con violación al principio de investigación integral y para lo que incumbe a nuestra investigación, se cuestiona la validez de los dictámenes periciales por falta de traslado a los sujetos procesales, esto en vigencia de la Ley 600 de 2000, considerando la corte que por Mandato Constitucional, que cuando una prueba adolece de vicios, que afecten su validez, la salida procesal no es la nulidad como lo solicitó el defensor ,sino la EXCLUSIÓN, quedando el Juzgador en la posibilidad de resolver con la restante prueba que obre en el proceso y no casó la sentencia.

“En nuestro sistema probatorio rige por mandato constitucional el principio de exclusión (artículo 29, inciso último), de acuerdo con el cual la fórmula de solución, cuando una prueba adolece de vicios que afectan su validez, porque los encargados de incorporarla omitieron dar cumplimiento a uno de estos pasos rituales, no es anular el proceso, sino excluir del debate probatorio la prueba ilegalmente aducida, y decidir con fundamento en las restantes, pues se considera que la informalidad que afecta la producción de una prueba en particular, no se proyecta más allá de la prueba misma”.

“Si lo pretendido por el demandante era por tanto cuestionar la validez del informe, por falta de ratificación, y de las pericias médica y de balística, por falta de traslado, debió formular el ataque dentro del marco de la causal primera de casación, cuerpo segundo, como error de derecho por falso juicio de legalidad, para que fueran excluidas de la valoración probatoria, y demostrar, que sin su concurso (el de las pruebas irregularmente allegadas) el sentido de la decisión impugnada sería distinto, labor que en modo alguno se esfuerza en llevar a cabo”.

En Sentencia 18451 del 8 de Julio de 2004 MP HERMAN GALAN CASTELLANOS. En esta decisión, si bien la sala no casó la sentencia, sí planteó el tema que nos concita resolviéndolo como un Error de Derecho por Falso Juicio de Legalidad, al recepcionarle declaración jurada a quien a la postre resulto ser el procesado, declaración que no debió valorarse por violar el principio de no autoincriminación. La prueba inconstitucionalmente obtenida debe ser excluida de la actuación por ser nula de pleno derecho.

Manifestó la Corte:

El artículo 29 de la Constitución Política establece en su inciso final: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Este mandato superior ha sido desarrollado por la ley procesal penal (Libro I, Título V y VI del decreto 2700 de 1991 y Libro I, Título VI y

VII de la ley 600 de 2000) a través de preceptos relacionados con la necesidad de la prueba, imparcialidad de los funcionarios en la búsqueda de la prueba, rechazo de pruebas ilegales, prohibidas, ineficaces, impertinentes o superfluas, inexistencia de diligencias, en fin, todo un conjunto de reglas pertinentes al sistema probatorio, dentro de un nítido marco constitucional.

1. Exclusión de la prueba ilícita. Como lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia colombiana, no está permitido otorgar ningún efecto jurídico a las pruebas practicadas con desconocimiento de las garantías inherentes a toda persona, dentro de un Estado social de derecho, entendiendo por tales no sólo las enunciadas en el aludido artículo 29, sino comprendiendo en ellas todos los derechos fundamentales, que como es bien sabido, son de rango constitucional. En tal virtud, son inadmisibles las que son el resultado de torturas, tratos degradantes, inhumanos o crueles, o las que se generan con violación de los derechos y garantías establecidos en la Carta Política, cualquiera que sea la naturaleza de la prueba, ya que la prohibición no sólo se contrae a declaraciones o confesiones, sino a todos los medios de prueba¹¹⁴.

Ahora bien, la consecuencia jurídica de la prueba inconstitucionalmente obtenida, no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión “es nula de pleno derecho”, la cual, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio origen, no así al proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal, respecto del funcionario que la practica, aporta, permite o admite.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge así, con éste régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función disuasiva, en relación con la conducta futura de las autoridades, especialmente de las de policía judicial, protectora en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado social de derecho, aseguradora de la confiabilidad y credibilidad del sistema probatorio y, eventualmente, reparadora de los perjuicios causados al procesado con una arbitrariedad¹¹⁵.

Se concluye entonces, afirmando, que en nuestro ordenamiento jurídico las pruebas inconstitucionales están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho¹¹⁶, sin que al respecto

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “Al resumir la posición de la Asamblea Constituyente de 1991”. p. 29.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 34.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 33.

“En países de tradición romana, como Francia, las pruebas irregulares son sometidas a un régimen de nulidades. El juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la

exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado¹¹⁷, sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general¹¹⁸, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales¹¹⁹.

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

En Sentencia 26310 del 16 de mayo de 2007 MP SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ. Delito Porte ilegal de Armas. Un Juez de Control de Garantías declaró ilegal la captura y por ende excluyó la incautación del arma de fuego, sin embargo se adelantó el proceso y se condenó en primera y segunda instancia, la Corte Declaró la Nulidad del Proceso desde la audiencia de Legalidad de Captura, en lo que tenía que ver con la exclusión del elemento material probatorio, aduciendo que tal exclusión es de facultad exclusiva del Juez de conocimiento, cuestionando la decisión de la Juez, pero respetando la misma y considerando que no podía ser

nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores”.

¹¹⁷ *Ibíd.*

“En los Estados Unidos de América y en otros países de tradición anglosajona, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla imperativa, puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar ciertos factores”.

¹¹⁸ *Ibíd.*

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

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Varón. (q.e.p.d.).

“El individuo es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de un individuo. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general, ella es una norma que encierra un valor absoluto, **que no puede ser negociado o subestimado**”.

el sustento de la acusación y la sentencia, razón por la cual insiste en que solamente en cinco casos excepcionales el Juez de Garantías puede ordenar la exclusión, por lo que opta por declarar la Nulidad.

“Sólo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al juez de control de garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, “u otros medios similares”, impartidas por la Fiscalía (Art. 154-1 y 237). Su expedición en materia de registros y allanamientos- con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, “por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación”, Art. 232.

“La razón de que en tales eventos deba recurrirse al juez de control de garantías, es precisamente porque esos hallazgos derivan de diligencias que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material, de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la Fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal”.

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

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

Obsérvese como la Sala Penal de la Corte Suprema, con la referida providencia, en lo que respecta a la competencia del Juez con Función de Garantías, para la exclusión probatoria, solo la admite en los 5 casos, tantas veces citados en la decisión, considerando ilegítima cualquier determinación, que en materia de exclusión se produzca por fuera de esos cinco eventos, difiriendo cualquier otra posibilidad de exclusión probatoria a la audiencia preparatoria del juicio oral, lo cual en concepto nuestro, contraviene de manera directa lo preceptuado por la Sentencia C-591 de 2005, en la que se pregona la posibilidad de exclusión probatoria en cualquier momento procesal, en el que se aduzca para soportar una decisión judicial.

Restringir al Juez de Control de Garantías la posibilidad de excluir elementos probatorios, fuera de los cinco casos establecidos, es negar la posibilidad de un efectivo control de constitucionalidad a la actuación de la Fiscalía, durante toda la actuación, pues a título de ejemplo, fácilmente el ente acusador podría valerse de “pruebas” ilícitas, para sustentar una inferencia razonable de autoría o participación, que consecuentemente, y más allá de la formulación de imputación, sería el sustento de una eventual solicitud de imposición de medida de aseguramiento, lo cual traduce en una afectación a un derecho fundamental, por lo que en criterio de la Corte Suprema, le estaría vedado al Juez de Control de Garantías, efectuar cualquier valoración sobre el particular, legitimando así una actuación ilegal, con las nefastas consecuencias que ello acarrea.

En Sentencia 29416 del 23 de abril de 2008 M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS, en la cual se cuestiona como inapropiado el reconocimiento de los autores del punible de hurto calificado y agravado, y se alega la ilegalidad de la prueba, solicitando se case la sentencia. La sala no admite la demanda, pero pese a ello precisa, en lo que atañe a la prueba ilícita: “En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso, reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho, por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar, que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias”.

En Sentencia 33621 del 10 de marzo de 2010 MP SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ. En esta sentencia se considera que la ilicitud e ilegalidad de la prueba, en principio, no genera nulidad procesal, sino que el remedio jurídico se contrae a la exclusión probatoria, pero si a *contrario sensú*, la prueba es obtenida mediante tortura, si acarrea la Nulidad procesal, como efectivamente se declaró en ese caso, donde se casó la sentencia y se declaró la Nulidad de todo lo actuado, a partir de la resolución de apertura de la investigación.

Sobre el particular consideró la Corte: “De allí que tampoco el Tribunal respetó los efectos de la regla de exclusión de la evidencia, obtenida en el curso de la diligencia de allanamiento, a pesar de haber admitido la ilicitud de la misma, como consecuencia de los actos atentatorios contra la dignidad humana, aplicados sobre las imputadas en el curso del procedimiento policivo”.

“De esa manera, el fallo impugnado, en ambas instancias, se sostuvo en prueba lícita e ilícita derivada de tortura, pues aunque el testimonio del joven Mario Alexander Pulido Carvajal no se encuentra afectado de ilegalidad alguna, no sucede lo mismo con las evidencias obtenidas en el curso de la diligencia de allanamiento, independientemente de que la penetración al inmueble de las procesadas, por parte de las autoridades policivas que participaron en el procedimiento, tenga justificación legal en la situación de flagrancia que se analizó ampliamente en el fallo de primera instancia: “...conocido es que el delito de rebelión es un tipo penal de carácter permanente. Tal connotación implica que su consumación ocurre mientras los miembros de la agrupación alzada en armas persisten en sus propósitos de derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. En ese sentido, se tiene que con ocasión de la explosión de la bomba panfletaria ocurrida en la carrera 7ª con calle 153 de esta ciudad, efectivos de la Policía Judicial aprehendieron momentos después a Mario Alexander Pulido Carvajal cuando se encontraba cerca al lugar donde acontecieron esos hechos, a quien sometieron a interrogatorio, a través del cual obtuvieron información sobre las personas que, según lo señaló Pulido Carvajal, participaron en la colocación y posterior detonación del artefacto explosivo.

“La exposición verbal así obtenida, en los términos del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 2000, constituyó criterio orientador de la investigación y, en esa medida, se erigió como base para deducir de manera objetiva por parte de las autoridades de la policía, que la conducta ilícita evidenciada a partir de la explosión de la bomba panfletaria continuaba en plena ejecución, de suerte que los miembros de esa institución se dirigieron al lugar indicado por el expositor, y es así como irrumpieron en el inmueble situado en la calle 163 No. 4-26, donde hallaron varios elementos, entre ellos, panfletos alusivos a las FARC. Para el Despacho, la actualidad con que se dieron esos hechos (explosión, captura de Pulido Carvajal y delación) justificaba que las autoridades ingresaran al inmueble

donde se encontraban las personas señaladas por el expositor. Tal afirmación se efectúa con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 295 del Código Penal Adjetivo de 2000, si se tiene en cuenta el carácter de ejecución permanente que, como se expresó, reviste el delito de rebelión”.

“Y no se trata de sopesar en esta instancia extraordinaria la trascendencia o no de la prueba ilícita valorada, pues lo fundamental es el desconocimiento de los fines esenciales del Estado en el curso del proceso penal, como son la realización de los derechos y garantías del individuo, que motivan la nulidad del proceso, en aras de restablecer tales derechos, consecuencia claramente advertida en el fallo de constitucionalidad C-591 de 2005 cuando se dice que en estos casos.

“...Por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el sólo 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”.

“Por tales razones, no queda a la Sala alternativa distinta a la declaración de nulidad de la actuación, para que sea expurgada del proceso, formal, material y definitivamente la prueba ilícita como consecuencia de tortura infligida a las imputadas en el curso del operativo de allanamiento y captura, ordenándose que, de darse una nueva acusación, el proceso pase al conocimiento de un juez distinto”.

En Auto de fecha 18 de mayo de 2011, dentro del radicado No. 29877, adelantado en contra del ex congresista WILSON BORJA, con ponencia del Magistrado JAVIER ZAPÁTA ORTIZ, por medio del cual se profirió resolución inhibitoria en favor del encartado, atendiendo la ilicitud de la prueba recaudada, soporte de la actuación en su contra, proveniente de la información contenida en los computadores incautados del campamento ubicado en la Republica del Ecuador, donde fue abatido alias RAUL REYES, por encontrar la Corte, acorde con los criterios orientadores del Estado Social y Democrático de Derecho, que los elementos materiales de prueba recopilados, devenían en ilícitos por violación de tratados internacionales sobre cooperación judicial, indebida actuación de la autoridad de policía y del ejército en la recolección de los mismos, que debió llevarse a cabo por policía judicial, no existiendo prueba válida, en consecuencia para proferir resolución de apertura de investigación, en los términos de la Ley 600 de 2000, siendo coherente la sala, con los postulados superiores, Constitución Política, bloque de constitucionalidad y por su puesto la misma Ley, que orientan la exclusión probatoria y en especial con la precitada línea jurisprudencial.

En este orden de ideas, tenemos que la corriente jurisprudencial de la sala penal de la H. Corte suprema de Justicia, se contrae a que, salvo los casos excepcionales expresamente consagrados por el legislador, le está vedado al Juez con función de control de garantías ordenar la EXCLUSIÓN probatoria, por ser este tema de resorte exclusivo del Juez de Conocimiento en sede de audiencia PREPARATORIA.

Diferente tratamiento se aplica cuando la prueba se recaude mediante tortura, tratos crueles o degradantes, lo que acarrea la NULIDAD PROCESAL.

Como se ha evidenciado a lo largo de este acápite, las cortes, tanto Constitucional, como la Sala Penal de la Suprema, coinciden en que todo

elemento material probatorio, evidencia física y prueba, que sea obtenida con violación de derechos y garantías fundamentales, o contrariando los preceptos legales, debe ser excluida de plano de la actuación procesal, toda vez que la Constitución Política en su artículo 29 a si lo dispone, cuando expresa que es nula de pleno derecho la prueba obtenida de esta manera, lo que es desarrollado adecuadamente por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, las Cortes disienten, en lo que tiene relación con el funcionario judicial encargado de resolver sobre la exclusión y el momento procesal en que debe operar la misma, tal cual ya se evidenció.

CONCLUSIONES

De acuerdo al desarrollo de esta monografía, se hace menester puntualizar, a modo de conclusión, conceptos, criterios, posiciones jurisprudenciales y doctrinales, así como aporte de los autores sobre el tema abordado.

1. Tal como se abordó en el primer acápite, quedó claro el concepto de elemento material probatorio, evidencia física y prueba. Así, se tiene que en la Ley 906 de 2004, se tienen por sinónimas las expresiones elemento material probatorio y evidencia física, entendiendo por estas todas las cosas que tienen vocación probatoria y que eventualmente pueden traducirse en pruebas, cuando se incorporen al juicio oral, luego de pasar los filtros de licitud y admisibilidad.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹²⁰, sobre Elemento Material Probatorio y Evidencia Física, expresó:

Por elementos materiales probatorios y evidencia física el código entiende los relacionados en el artículo 275, y los similares a ellos que hayan sido descubiertos, recogidos y custodiados por la fiscalía directamente, o por conducto de sus servidores de policía judicial o de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente; y los obtenidos por la defensa en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 267, 268, 271 y 272 *ejusdem*.

Claro lo anterior, resulta acertado concluir, que prueba son solo aquellos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones válidamente recaudadas, que cumpliendo, y respetando los derechos y garantías fundamentales, así como el debido proceso, son aducidas, practicadas, controvertidas, y valoradas en juicio oral, salvo las taxativas excepciones de ley, como lo son la prueba anticipada y la prueba de referencia.

¹²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Revisión del 15 de Octubre de 2008. Radicado 29626.

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

Complementando lo anterior, es válido afirmar que, contando solo con elementos materiales probatorios y evidencias físicas, se puede sin investigación formal, condenar a una persona, tal es el caso de los elementos materiales y evidencia física recopilados en etapa de indagación preliminar, que son develados en audiencia de imputación y que motivan el allanamiento a cargos por parte del imputado. Incluso cuando después de la audiencia de imputación y desde la formulación de la acusación, llegando a la audiencia de juicio oral, no se efectúa por parte de la Fiscalía ninguna otra actividad investigativa, distinta a la efectuada en la etapa de indagación.

2. El artículo 1° de la Carta Magna de 1991, preceptúa que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto de la Dignidad Humanada, de donde emerge, la primacía del individuo sobre el Estado.

Justamente de esta primacía surgen los derechos y garantías fundamentales, concretamente el concepto de debido proceso, contenido en artículo 29 superior y el bloque de constitucionalidad (artículo 93) desarrollado, en materia penal, en la el artículo 1° de la Ley 906 de 2004, como principio rector, en concordancia con el artículo 23 y 455 de la misma norma.

Así las cosas, por el respeto a la Dignidad Humana, el Estado Colombiano se ha erigido como un garante de los derechos y garantías fundamentales del individuo, por encima del eficientismo del proceso penal.

Corolario de lo anterior, antes de trasgredir o vulnerar injustificadamente derechos y garantías fundamentales, el Estado prefiere absolver que condenar. Esto a fin de no legitimar actos de arbitrariedad y de desprecio del ordenamiento jurídico por parte de los agentes estatales.

En materia procesal penal, el legislador, adoptando posición protectora en lo que respecta a la Dignidad Humana y desarrollando el artículo 29 superior, según el cual: “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”, consagró la figura jurídica de la exclusión probatoria, entendiendo que la nulidad de pleno derecho corresponde en últimas a una inexistencia jurídica, que necesariamente conlleva a la exclusión del elemento material probatorio o evidencia física.

Como quiera, la Constitución Política no refiere expresamente el término de inexistencia, el cual lo asimila a la nulidad de pleno derecho; es necesario entrar a concretar las diferencias entre nulidad e inexistencia, entre las cuales pueden extractarse las siguientes: La nulidad se pregona respecto de los actos procesales, mientras que la inexistencia recae sobre actos de prueba, entendidos como tales, tanto los elementos materiales probatorios, la evidencia física e información, como la misma prueba.

La nulidad requiere de decisión judicial que así la declare, esto es, no opera de pleno derecho; mientras que la inexistencia, por tratarse de un acto producido en las condiciones indicadas, no nace a la vida jurídica y por ende, al ser inexistente,

no requiere de decisión judicial, simplemente se excluye de la actuación procesal, sin que pueda servir de fundamento para tomar una decisión.

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

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

En la nulidad el acto irregular produce efectos jurídicos y por ende es vinculante, hasta tanto éste no se decrete por parte del Juez; mientras que en la inexistencia, no se requiere de decisión judicial en la medida que el acto de pruebas jamás nació a la vida jurídica y por tal razón es incapaz de producir efectos de este orden.

3. De acuerdo a la normatividad vigente, a la doctrina y la jurisprudencia, la actuación judicial penal, en lo que respecta al sistema acusatorio, se divide en tres etapas: la indagación, la investigación y el juzgamiento; resulta oportuno puntualizar que la exclusión probatoria puede darse en cualquiera de ellas, con la distinción que lo que se excluye en la indagación y la investigación, solo son elementos materiales de prueba, evidencia física e informaciones ilícitas o ilegales, mientras que en el juicio sí opera propiamente la exclusión probatoria.

Igualmente y teniendo en cuenta los operadores judiciales que intervienen en los distintos momentos de la actuación judicial, debe decirse que tanto la policía judicial, como la Fiscalía que dirige y coordina la investigación, así como el Juez con funciones de Control de garantías y el mismo Juez de conocimiento, tienen la obligación de excluir aquellos elementos materiales probatorios, evidencias físicas

e informaciones, obtenidas con violación de derechos y garantías fundamentales o irrespetando la ritualidad legal.

Contrario a la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el Juez de Control de Garantías, solo se encuentra legitimado para decretar la exclusión probatoria en 5 casos en concreto (esto es en la verificación de la legalidad de la incautación y la recolección de los elementos materiales probatorios: en cumplimiento de las órdenes de registro, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, u otros medio similares), respetando el concepto, se considera desacertado el limitar tal facultad, por cuanto son múltiples los eventos en los cuales un Juez con función de Control de Garantías, debe adoptar decisiones judiciales, las cuales se sustentan y fundamentan en elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que eventualmente podrían ser ilícitas o ilegales, y pese a ello, el funcionario, tendría que hacer caso omiso, y a sabiendas de su ilicitud, proceder a tomar decisiones soportadas en éstas, que repercutirían, infranqueablemente, en detrimento de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y en contravía de su función Constitucional y legal.

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

Lo anterior, por cuanto el concepto de ilicitud no puede ser subsanado, convalidado, ni depurado, en estricto ceñimiento del principio de eventualidad o preclusión, esto es, que se hubiese superado la audiencia preparatoria, sin la

solicitud de exclusión por el legítimo interesado, pues ello riñe con un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se pregona el estricto acatamiento y respeto de los derechos y garantías fundamentales, que eventualmente podría desencadenar en una sentencia viciada de ilicitud, por un falso juicio de legalidad.

Sobre el tema, resulta pertinente resaltar las posiciones encontradas entre las Honorables Cortes, Constitucional y Suprema de Justicia, toda vez que para la primera resulta claro que la exclusión probatoria procede en cualquier momento de la actuación judicial, en la medida que todo aquel elemento probatorio, evidencia física e información, recaudado de manera ilícita o ilegal, debe ser expulsado; mientras que para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, solo procede la exclusión probatoria en la audiencia preparatoria, por parte del Juez de Conocimiento, y excepcionalmente en etapas de indagación e investigación, por el Juez con Función de Control de Garantías, en 5 eventos a saber: en cumplimiento de las órdenes de registro, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, u otros medio similares.

Como se puede evidenciar, la posición de la Corte Constitucional resulta más ajustada a la naturaleza de un Estado Social y Democrático de Derecho, como pregona ser el Colombiano, basado en el respeto de la Dignidad Humana, mientras que la Corte Suprema de Justicia, devela una posición más conservadora y respetuosa del precepto legal (artículo 359 Ley 906 de 2004) según el cual, el momento procesal para abordar el tema de las exclusiones probatorias es la Audiencia Preparatoria.

5. Entendidos los motivos fundados, como aquellos hechos y situaciones fácticas objetivas, indicativas de la posible ocurrencia de una conducta punible que está siendo investigada, donde se tiene como presunto autor o participe a la persona o personas, sobre la(s) cual(es) se va a ordenar una actuación investigativa, que

afecta derechos y garantías fundamentales; es preciso afirmar que es tal la relevancia y trascendencia de sustentar y respaldar debidamente los motivos fundados, con información válidamente recolectada, que conlleven a proferir una decisión encaminada a afectar derechos o garantías fundamentales, al punto, que la falta de soporte, acarrea el decreto de la ilegalidad de la orden expedida, y de contera a que se disponga la exclusión de los elementos materiales y evidencia física recolectados en la propia diligencia, que eventualmente, en lo que respecta a su práctica, pudo ser legítima.

Adicionalmente, se debe tener claro que esos motivos fundados no se tratan de simples apreciaciones subjetivas del ente investigador, sino que deben gozar de carácter objetivo, pues si no fuera así, su control no podría ser una realidad¹²¹.

Queda así claro, que todo elemento material probatorio obtenido en una diligencia ilegal, tanto en su orden, como en su realización, da lugar a su exclusión y no solo la que dependa directa y exclusivamente de la misma, como lo señalaba el art. 232 adjetivo, el cual en dicho aparte fue declarado inexecutable en la sentencia C-591 de 2005, MP Clara Inés Vargas Hernández.

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

¹²¹ CADAVID BOTERO y BEDOYA SIERRA, Op. cit., p. 92 y ss.

Pese a lo anterior, resulta procedente conceptuar que en nuestro medio solamente en tres casos (tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial) por vía de la jurisprudencia constitucional, la ilicitud de una prueba merece la anulación del proceso y su total reconstrucción, esto es, la nulidad procesal consecuencia de pruebas ilícitas.

Queda claro, que para todos los demás eventos, el camino procesal adecuado no es otro que el de la exclusión probatoria, con las consecuencias inherentes a cada proceso en particular. En otras palabras, la nulidad, como última sanción procesal, solo es aplicable en asuntos de extrema gravedad como los indicados, toda vez que atenta y trasgrede gravemente el principio de dignidad humana, sobre el cual se estructura Constitucional y legalmente nuestro Ordenamiento Jurídico.

7. Finalmente debe precisarse que la norma de normas, en su artículo 29, no consagró excepción alguna a la regla de exclusión probatoria, lo que es consecuente y coherente, con el desarrollo legal dado a este mandato en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 según el cual:

“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”.

Resulta contradictoria esta norma adjetiva, al analizarla en su conjunto y de manera sistematizada con el artículo 455 de la misma codificación, lo que se concretizará en los párrafos sub siguientes, el cual consagra las excepciones a la regla de exclusión, de las cuales se puntualizará su concepto.

Así las cosas, el vínculo atenuado hace referencia a la relación causal cercana que debe, en principio, existir entre la prueba ilícita y la prueba derivada, dicha relación debe ser cercana, es decir, la prueba derivada debe ser la consecuencia

o el efecto obvio de la prueba ilícita, en otras palabras su existencia solo puede explicarse a través de ella.

Si a pesar de lo anterior, entre la prueba ilícita y la prueba derivada la cadena causal es muy larga y no existe una conexidad o cercanía sólida, tal prueba derivada puede ser admitida y valorada por el juez, ya que la misma no ha sido contaminada y la mancha de ilicitud de la primera prueba se ha desvanecido en la cadena causal¹²².

Respecto de la fuente independiente, se puede indicar que la prueba derivada es lícita, admisible y susceptible de valoración, en cuanto fue obtenida de manera independiente a la prueba ilícita y no se deriva de ella, es decir, no existe una relación causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, toda vez que esta última proviene de un árbol sano y limpio de manchas.

Para esta teoría, no toda prueba que recaiga sobre hechos probados con pruebas ilícitas, puede degenerar en ilícita; es decir, si determinados hechos fueron probados con pruebas ilícitas y por tanto violatorias de derechos y garantías fundamentales, y en consecuencia excluidas, esto no quiere decir que dichos hechos sean intocables o sagrados, pues pueden ser probados a través de pruebas lícitas y provenientes de fuentes independientes a las pruebas ilícitas, siendo aquellas susceptibles de admisión y valoración por parte del juez.

El descubrimiento inevitable, consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida, por derivar de un quebrantamiento constitucional, se hubiera podido hallar en forma casi inevitable, de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia puede ser válida.

¹²² FARFAN MOLINA, Francisco, Op. cit., p. 233.

“(…) Para reconocer la noción de atenuado es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error o la conducta de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la constatación de una ilegalidad anterior (…).”

Esta excepción se centra en establecer que una prueba directa, derivada de una prueba ilícita, puede ser valorada por el juez, siempre y cuando se demuestre que se podría llegar a ella a través de medios lícitos, independientemente de que la prueba ilícita deba ser excluida.

En tales condiciones, si se logra acreditar que la prueba derivada de la prueba ilícita se podía obtener por medios lícitos, el juez podrá valorarla. Es el establecimiento de un camino legal hipotético, a través del cual se pueda concluir que, con acatamiento de los procedimientos y de la ley, se hubiese llegado a la misma prueba; este es un juicio de valor, frente a la probabilidad de haber obtenido el mismo resultado pero por medios lícitos.

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, fue acertadamente declarado exequible en la Sentencia de C-591 de 2005, no pudiéndose afirmar lo mismo, respecto del artículo 455 de la norma adjetiva, donde por demás resultó anti técnica la denominación dada por el legislador, esto es “NULIDAD DERIVADA DE LA PRUBA ILÍCITA”, cuando en realidad, *contrario sensu*, lo que está es consagrando las excepciones a la cláusula de exclusión (el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la Ley) lo que se considera un desatino de la respetable Corte Constitucional, quien como máxime interprete de la Constitución, debió declarar inexecutable dicha norma, en la medida que va en contravía del artículo 29 superior, el cual no consagró excepción alguna.

El validar tales excepciones, deja lastimosamente abierta la brecha, para que dentro de la actuación judicial ingresen elementos materiales probatorios, evidencia física e informaciones obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos y garantías fundamentales, o sin el cumplimiento de los requisitos legales, que a la postre se convertirán en el sustento de decisiones judiciales, que de manera directa afectan el debido proceso, entendido éste como un universo de

garantías que resguardan a los sujetos procesales, máxime cuando la realidad jurídica Colombiana nos enseña cómo la excepción tiende a convertirse en la regla.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENTE DOCTRINAL

ALARCON GRANOBLES, Héctor y CADENA LOZANO Raúl. Garantías constitucionales y la prueba ilícita. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2004.

ARENAS ECHEVERRY, Nicolás Álvaro; SUAZA QUINTERO, Sergio Alberto y QUINTERO HOLGUIN, Aicardo Albeiro. La prueba lícita y la regla de exclusión. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

ARBUROLA VALVERDE, Master Allan. Curso La prueba. Consultado el [julio 10. 2011]. Disponible en <materiapenal.http://www.mailxmail.com/curso-prueba-materia-penal/ clasificación-pruebas>

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. El derecho a la intimidad domiciliaria. Bogotá: Comlibros, 2008.

BERDUGO SAUCEDO. Pedro David. Reglas de exclusión de la prueba. En: El proceso penal acusatorio colombiano. Nuevo manejo de la prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho (1958 y 1960). Traducción castellana de Eduardo Roza Acuña, Debate. Madrid: Editorial España, 1991.

CARRASCO DAZA, Constancio (SF). Constancio.la prueba ilícita en materia electoral. Reglas de exclusión diseñadas desde la constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas UMAN. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/17/cle/cle5.pdf>>

CADAVID BOTERO, Mario Nicolás y BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La Fase de Investigación y la Fiscalía en el Sistema Acusatorio Colombiano. En: Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio – Una visión desde la práctica judicial. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.

CASTRO OSPINA, Sandra Janntte. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano: Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.

CHIESA APONTE, Ernesto L Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos. 1ª Reimpresión, Vol. 1º. Capítulos uno al noveno. Editorial FORUM, 1995.

DELGADO LLANO, Luis Fernando. El debido proceso probatorio. En: Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio – Una visión desde la práctica judicial. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Pruebas judiciales. Bogotá: Editorial ABC. 1984.

ECHANDÍA, Hernando. Pruebas judiciales. Bogotá: Editorial ABC, 1984.

FARFAN MOLINA, Francisco y VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. La cadena de custodia en la investigación disciplinaria. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente Derecho Procesal Penal. Gimeno Sendra 2007 – Colex. 2ª Ed. Rústica / Castellano / Libro ISBN13

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.

GÓMEZ, José Alejandro. Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Análisis Jurisprudencial y Doctrinal de la Prueba. Bogotá: Señal Editora, 2008.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. 2ª Ed. Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.

_____. Las víctimas en el contexto del derecho procesal penal colombiano (Perfiles Comparativos) Anuario de Derecho Pernal. La reforma del proceso penal peruano. Derecho penal. Asociación peruana de derecho penal, 2004. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <<http://www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/5585>>

LUNA GUERRERO, Jaime Elías. Diferencia entre prueba, elemento material probatorio y evidencia física, 2010. Consultado el [julio 10. 2011]. Disponible en <<http://derechoprocesal-luna-guerrero.blogspot.com/>>

MEDICINE BASED IN EVIDENCE. Working Group. Guías de usuario de literatura medica. En: Revista Jama. Edición Española 1997.

MITTERMAIER, Karl Joseph Antón. Tratado de la prueba en su materia criminal. En: Imprenta de la Revista de Legislación (Madrid) 0 Reseñas. Imprenta de la Revista de Legislación, 1857 - 470 páginas Consultado el [julio 10. 2007]. Disponible en <<http://books.google.com/books/about/html?hl=es&id=163jikPRrw4C>>

MORA IZQUIERDO, Ricardo y SANCHEZ PRADA, María Dolores. La evidencia física y la cadena de custodia en el Procedimiento Acusatorio. Bogotá: Editores Gráficos Colombia Limitada, 2007.

NAVAS UMAÑA, Zaira Lis. CARBAJAL ALVARADO, Óscar Alexander y AGUIRRE GONZÁLEZ, Javier de Jesús. El valor probatorio de la prueba aportada por el agente encubierto en el proceso penal salvadoreño. Ciudad universitaria. San Salvador, 1999. Consultado el [junio 10. 2011]. Disponible en <<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.sf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/2d9de88bc247e53d0625774400662dba>>

OYA SIERRA, Luis Fernando. El derecho a la intimidad domiciliaria. Bogotá: Editorial Comlibros.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. 15º Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006.

PISCOYA SILVA, José (SF). Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. Derecho & Cambio Social. Consultado el [julio 10. 2011]. Disponible en <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa-Calpe S.A. 2001.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, 2010. Consultado el [junio 11. 2011]. Disponible en <<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/201012-2317895412.html>>

SÁNCHEZ, María Dolores. Las buenas practicas en la investigación del asalto sexual". En: Revista VERBA IURIS (LA PALABRA DEL DERECHO). Universidad Libre, 2009. Consultado el [julio 10. 2009]. Disponible en <<http://ipdvirtual.unilibre.edu.co/ipdvirtual/file.php/1/Publicaciones/>>

SANCHEZ LUGO, Carlos Felipe. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano-Nuevo Manejo de la Prueba. Tomo I. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008.

_____. Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

REFERENTE NORMATIVO

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de Conformidad con el Decreto 2770 de 2004)”. En: Diario Oficial N° 45658 de septiembre 1 de 2004.

REFERENTE JURISPRUDENCIAL

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-2010 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-510 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Varón.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de la Sala Penal. Rad. 24102 del 23 de abril de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Decisión de segunda instancia, No. 33212 del 12 de Abril de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA. Sentencia de casación No 27.608, 29 de junio de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 23 de abril de 2008. Rad.29416 M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 26310 del 16 de mayo de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de segunda instancia No. 36611 del 22 de junio de 2011M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia N° 26310 del 16 de mayo de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Revisión del 15 de Octubre de 2008. Radicado 29626. M.P. José Leónidas. Bustos Martínez.

PAGINAS WED

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/46/32>

[http://www.mailxmail.com/curso-prueba-materia-penal/clasificacion-pruebas.](http://www.mailxmail.com/curso-prueba-materia-penal/clasificacion-pruebas)