

UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



ALCANCES Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y SUS
CRITERIOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

YUBERLY CHACON ARDILA

Trabajo para optar por al Título de Magister en Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2016

ALCANCES Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y SUS CRITERIOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA¹

Yuberly Chacón Ardila**

Resumen

Colombia se encuentra enmarcada en un sistema garantista que salvaguarda los derechos de sus ciudadanos. Una expresión de ello es la tipificación de la cláusula de exclusión dentro del ordenamiento jurídico; sin embargo, se adoptaron como propios, criterios de excepción que desvirtúan la nulidad de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales. Por ello, a través de un análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal se buscó identificar si la aplicación de los criterios vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable vulnera los derechos fundamentales y garantías procesales de la persona objeto de la acción penal. Como producto de lo anterior, se identificó una tensión entre la búsqueda de la verdad, que promueve la conservación del orden social y la confiabilidad de la sociedad en la administración de justicia; y la protección de los derechos y garantías fundamentales individuales, que exaltan la dignidad del ser humano.

Palabras claves

Regla de exclusión, prueba ilícita, prueba ilegal, vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable.

¹ Este artículo es producto del proyecto de investigación titulado "Alcances y límites de la aplicación de la cláusula de exclusión y sus criterios de excepción en Colombia" para optar por el título de Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, 2016.

** Abogada Universidad Santo Tomás, Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Rama Judicial. Correo electrónico: yuberlychacon@hotmail.com

SCOPE AND LIMITS OF THE IMPLEMENTATION OF THE EXCLUSION RULE AND EXCEPTION CRITERIA IN COLOMBIA

Abstract

Colombia is framed in a system of guarantees to safeguard the rights of its citizens. An expression of this is the legal definition of the exclusionary rule in our legal system; however, exception criteria have been adopted as own. These exceptions will invalidate the nullity of evidence obtained in violation of fundamental guarantees. Therefore, through legislation, jurisprudence and the doctrinal analysis, is seeking to identify yes application of the criteria: *attenuation*, *independent source* and *inevitable discovery*, violate the fundamental rights and procedural guarantees of the person subject to criminal action. As a result of the above, a tension between was identified: the search for the truth which promotes the preservation of social order and reliability of the society in the administration of justice; and the protection of individual rights and fundamental guarantees, which exalt the dignity of human beings.

Keywords

Exclusionary rule, illicit evidence, illegal evidence, attenuation, independent source, inevitable discovery

ALCANCES Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y SUS CRITERIOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

Introducción

Con la aplicación y el desarrollo del Derecho procesal penal en Colombia, han surgido preocupaciones y problemas jurídicos alrededor del tratamiento que debe dársele a las nulidades probatorias, en especial cuando hay tensión en lo concerniente a la vulneración de derechos fundamentales y actuaciones ilegales que atentan contra las garantías del investigado, acusado o juzgado.

A lo largo de la historia en el país, la cláusula de exclusión evolucionó paulatinamente hasta la creación de la Constitución de 1991, la cual dio preponderancia a los derechos fundamentales e incluyó dentro de su contenido en el artículo 29 que: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Sin embargo, tiempo después, con la creación del Código de Procedimiento Penal, se incorporaron por el legislador tres excepciones a la regla general, que concebían la valoración de pruebas derivadas o reflejas al ser su descubrimiento inevitable, la fuente independiente o el vínculo tenue entre la prueba principal y secundaria.

Por tal razón, este artículo intentará responder la siguiente pregunta de investigación ¿la aplicación de los tres criterios de excepción a la cláusula de exclusión: vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable, contemplados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, vulnera los derechos fundamentales y garantías procesales del investigado, acusado o juzgado?

A manera de hipótesis, se puede responder esta pregunta identificando que sí existen transgresiones de los derechos fundamentales producto de la aplicación de los criterios de excepción a la cláusula de exclusión en la práctica del derecho penal colombiano. Dichas violaciones estarían relacionadas con la ausencia de protección de las garantías individuales y el desarrollo del proceso que infringe derechos como la intimidad, debido proceso y libertad.

Una herramienta eficaz que podría utilizarse para valorar una situación suscitada en este ámbito y proponer soluciones, es el método de ponderación y sus tres elementos que ha dispuesto el autor alemán Robert Alexy, ya que al realizar la fórmula de peso y cargas de argumentación, se logra evidenciar o mejor, hacer explícita y objetiva la importancia de los derechos de acuerdo con la concepción de valores de la sociedad y la relevancia de las disposiciones jurídicas, aun existiendo incompatibilidad de normas y colisión de principios.

Con la puesta en práctica de los criterios de excepción en el desarrollo del proceso, se evidencia la infracción contra los derechos y garantías de la persona objeto de la acción penal al ser admitidas pruebas viciadas que son obtenidas de una fuente separada o autónoma, de un vínculo tenue entre la prueba principal y la secundaria o aquellas cuyo descubrimiento es inevitable, se vulneran derechos fundamentales y principios rectores tales como el debido proceso, el derecho a la intimidad, a la libertad y la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, entre otros, pues resulta preponderante para el estado proteger el bien común, antes que el particular.

En tal sentido, la argumentación que intentará responder dicha pregunta partirá, en primer lugar, del estudio de la evolución histórica de la prueba ilícita en Colombia y cómo a través de algunos casos prácticos en los que se hayan aplicado los criterios de excepción a la cláusula de exclusión, se evidencian las violaciones a los derechos y garantías procesales individuales, al generarse una

inseguridad jurídica entre el dilema de proteger la dignidad humana y derechos inherentes de la persona o promover la búsqueda de la verdad que conlleva a la conservación del orden social y la confiabilidad de la sociedad en la administración de justicia.

Posteriormente, a través del estudio de instituciones foráneas como Estados Unidos y Alemania, se indagará acerca del manejo procesal dado a las nulidades procesales y la prueba ilegal o lícita, a fin de evidenciar sus aciertos y aportes que puedan contribuir al conflicto de derechos que se origina de la aplicación de los criterios de excepción.

La investigación desarrollada es de reflexión, recurriendo a fuentes originales tales como leyes, jurisprudencia y doctrina, para desde una perspectiva analítica de resultado, brindar un aporte crítico que pueda contribuir a la evolución de las nulidades y criterios de excepción en el marco del derecho procesal.

A. Cláusula de exclusión en Colombia

En Colombia, los antecedentes de la exclusión en materia probatoria fueron incursionando en la década de los 70 con el Código de Procedimiento Civil el cual señalaba en su artículo 174 “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”; empero; en el área constitucional y penal, su evolución se dio a partir de la inmersión del derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico.

Con la aceptación y ratificación de los tratados internacionales como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José², comienza a hablarse sobre la validez de la confesión del inculcado, aunque

²Incorporada en la legislación Colombiana mediante la Ley 16 de 1972.

solamente si esta era realizada por él mismo, sin coacción de ninguna naturaleza. Posteriormente, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que fuere aprobada a través la Ley 70 de 1986, señaló en su artículo 15:

Todo Estado se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre haya sido obtenida como el resultado de tortura, puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado tal declaración (Ley 70 de 1986, art.15).

Más adelante, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985, que fuera de obligatorio cumplimiento en razón al bloque de constitucionalidad, estableció en su artículo 10 que:

Ninguna declaración que haya sido obtenida mediante tortura, podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración (Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 1985).

Luego, con la conformación de la Mesa Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente, comenzaron a plantearse diferentes deliberaciones buscando incluir como parte dogmática de la nueva constitución, una norma que permitiera prevenir la tortura para obtener confesiones judiciales, restándole de esta forma todo efecto a las declaraciones coaccionadas. Dicha inclinación dejó ver el carácter preferente hacia los derechos fundamentales que generó como resultado el artículo 29 de la Carta Política, especialmente lo consagrado en su inciso final.

Fue así, como a partir del 4 de julio de 1991, tras la promulgación de la Constitución Política de Colombia, se dio la apertura para cambios relevantes en el tema, influyendo la jurisprudencia y la producción de artículos y publicaciones que de forma frecuente y reiterada emitían pronunciamientos en materia probatoria sobre la cláusula de exclusión.

A pesar de ello, su concepción como una garantía del sistema de derechos fundamentales, se vio contradicha por la influencia en nuestro país del Sistema Penal Acusatorio Norteamericano que no consideraba la cláusula de exclusión como la expresión de una garantía constitucional, sino como la solución dada a una posible irregularidad que buscaba disuadir a los agentes estatales para que no cometieran violaciones en el futuro; por ende, era solamente una protección procesal que buscaba evitar futuras violaciones.

Con la promulgación del Decreto 2700 de 1991, por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal del momento, se hizo mención en varias disposiciones acerca del reconocimiento de la dignidad humana y los derechos fundamentales como parámetros de validez de las pruebas, de las nulidades procesales y del rechazo de las pruebas que hayan sido obtenidas de forma ilegal, irregular o inoportunamente.

Ya para el año 1998, la Corte Constitucional en sala plena, mediante Sentencia la T-008, advirtió sobre la no anulación del proceso, en virtud de la detección de una prueba ilícita. Al respecto dijo:

El hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho. Así, sólo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de

culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción. De tal manera que la incidencia de la prueba viciada debe ser determinante de lo resuelto en la providencia cuestionada (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Al encontrarse en evolución constante el ordenamiento jurídico Colombiano, surgió la Ley 600 de 2000, un sistema procesal penal con tendencia inquisitiva, que aun siendo mixto, no produjo grandes cambios en materia probatoria y de exclusión, pues las instituciones en su fondo y forma eran muy similares a las previstas en la norma anterior, ya que la fiscalía gozaba de amplias facultades judiciales, de tal modo que, su desarrollo continuaba siendo ambiguo e insuficiente en comparación de sistemas jurídicos de otros países como Estados Unidos.

Prueba de ello, es que tal y como afirma Fidalgo Gallardo, desde 1961 comenzó lo que él llama el declive de la exclusión probatoria en EEUU, al inclinarse las sentencias de la Corte Suprema hacia una interpretación restrictiva de la cláusula en materia de derechos fundamentales y en lo concerniente a aspectos procesales, introduciendo constantemente excepciones que generaban decisiones judiciales con valoraciones que antes podrían catalogarse como nulas en el proceso penal.

Con la ocurrencia del caso de los ministros de la rama ejecutiva, más conocido como el “Mití Mití”, se hizo más latente el deseo por independizar la cláusula de exclusión del sistema general de nulidades ordinarias, la Honorable Corte Constitucional emitió un pronunciamiento a través de su Sentencia SU-159 de

2002, profirió uno de los fallos más importantes con referencia a la teoría de la prueba ilícita, ilegal y regla de exclusión probatoria³.

Los hechos ocurrieron cuando se encontraba en el poder ejecutivo el Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998), ejerciendo para la época como Ministros de Minas y Energía Rodrigo Villamizar Alvaro González y de Comunicaciones Saulo Arboleda Gómez. La Revista Semana en su edición núm. 798, del 18 al 25 de agosto de 1997, en uno de sus artículos dio a conocer a los lectores la “Conversación entre ministros” quienes a través de una dialogo telefónico debatieron la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali.

La Fiscalía General de la Nación ordenó apertura de investigación preliminar mediante Resolución del 20 agosto de 1997, motivando la decisión en la noticia difundida por los medios de comunicación. Después, al adelantarse la correspondiente investigación preliminar, se ordenó la iniciación formal de la investigación, la cual culminó con la acusación de Rodrigo Villamizar Alvaro González y Saulo Arboleda Gómez, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, como determinador y autor respectivamente.

En etapa de juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 25 de octubre de 2000 condenó a Saulo Arboleda Gómez dentro del proceso penal número 28350 por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos; no obstante, se abstuvo de condenar al señor Arboleda Gómez a la indemnización de perjuicios, por considerar que los mismos no se causaron.

³Entre las destacadas por Maximiliano A. Aramburo Calle, en su artículo la prueba ilícita en Colombia: presupuestos de racionalidad, se encuentran las sentencias de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 16 de marzo de 1988 y de 13 de noviembre de 1990, con ponencia de los magistrados Lisandro Martínez y Gustavo Gómez. En la primera de esas sentencias se declaró la nulidad de grabaciones magnetofónicas pre constituidas, y en la segunda se afirmó la regla jurisprudencial según la cual la práctica ilegal de diligencias excluye su resultado probatorio del proceso.

Respecto de la actuación adelantada contra de Villamizar la Sala Penal durante la etapa del juicio, en la sesión del 14 de mayo de 1999 dentro de la audiencia pública, declaró la nulidad parcial del diligenciamiento por considerar que este carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Constitución, toda vez que si bien el acusado se desempeñaba como Ministro de Minas y Energía, cuando sucedieron los hechos investigados y al inicio de la indagación preliminar ya no lo hacía; careciendo de relación la conducta punible atribuida con el cargo y las funciones que le correspondía desempeñar.

Arboleda Gómez, a través de la acción constitucional de tutela, invocaba la nulidad prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, pues al proferirse la decisión judicial, solo se habría valorado como prueba la grabación de una conversación telefónica, violentando de esta forma su derecho a la intimidad y debido proceso, razón por la cual debía considerarse nula de pleno derecho dicha prueba, al haber sido obtenida sin autorización judicial.

No obstante, la Corte Constitucional se pronuncia concluyendo que la exclusión en el proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad, efectivamente violenta la norma ya prenotada, pero que la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vicia todo el procedimiento ni contamina todo el acervo probatorio, puesto a pesar de haber sido un elemento integral de la noticia *criminis*, tanto la resolución de acusación como la sentencia condenatoria, fueron fundamentadas en pruebas separadas, independientes y autónomas que demostraron la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado; por tanto, no existió una vía de hecho que permitiera anular el fallo proferido en única instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que no se generó una ruptura en el equilibrio procesal.

De ahí que mediante esta sentencia unificadora, la Corte enmarca, a través de un análisis de antecedentes históricos y doctrinales, dicha institución y deja ver la

necesidad de configurar un contexto sobre el acervo probatorio, las nulidades y la cláusula de exclusión, exponiendo en su fallo como el juez natural debe en su decisión, tener en cuenta y desarrollar adecuadamente conforme el debido proceso y el marco legislativo propio de la época, lo concerniente a las nulidades ordinarias para prorrumpir en su decisión, y si es menester, excluir la prueba ilícita a la luz de la Constitución.

Es así, como en la Sentencia SU-159 de 2002, el criterio fijado por la Corte es que:

La nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la decisión de fondo se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

Más adelante, con el Plan de mejoramiento de la Justicia, el Acto legislativo 03 del 2002, cuya reforma modificó los Artículo 250 y 251 de la Constitución Política, renovó las funciones de la Fiscalía General de la Nación y sentó las bases para que en Colombia se comenzará hablar de un Nuevo Sistema Penal Acusatorio, el cual fuere influenciado notoriamente por el modelo norteamericano. Es así, como se expediría la Ley 906 de 2004, enmarcada en un sistema que dejó atrás la tendencia inquisitiva que se venía desarrollando en el proceso penal, para dar la apertura a la oralidad y demás principios como legalidad, concentración, inmediación, celeridad y publicidad.

Dentro de su configuración, el artículo 23 fue una continuidad de la Constitución en lo concerniente a la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales; aunque, como excepción a la regla general, el legislador decidió incluir criterios de la doctrina estadounidense, que generaron tensión y cuestionamientos en el debate parlamentario por ser considerados en

parte, una oposición a las garantías procesales, aun así, tres de ellos superaron el filtro que dejaron por fuera del texto aprobado a la excepción de buena fe, de tacha y de error inocuo, denominadas como excepciones reales.

Colombia adoptado las excepciones aparentes, que son definidas como aquellas que en realidad no impiden la aplicación de la cláusula de exclusión, sino que por el contrario, la refuerzan al delimitar claramente cuáles pruebas son ilícitas y cuales no; es decir, son aquellas pruebas que fueren derivadas de la prueba ilícita, pero que su relación con la prueba principal es tenue, independiente o su descubrimiento es inevitable a lo largo del proceso, a estas se les cataloga igualmente prueba refleja.

El artículo 455 de la Ley 906 de 2004, consagra los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable, considerados como pautas que buscan lograr identificar a qué pruebas se les extiende los efectos de la declaratoria de nulidad. Según lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 del año 2005, a través de un estudio completo, analítico, comparado, histórico y sistemático de las instituciones en comento y los alcances de las mismas, se entiende por vínculo atenuado aquel que se presenta cuando evidentemente existe nexo entre la prueba ilícita y la derivada, pero este es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad.

Por fuente independiente, como aquella evidencia que tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, desvirtuándose la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y por descubrimiento inevitable, el que se presenta cuando la prueba

derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito⁴.

Esta corporación considera que los criterios de excepción, en lugar de querer autorizar la admisión de pruebas derivadas, bien sea ilegales o inconstitucionales⁵, pretenden considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

Es así como se profiere, entre otras, la Sentencia T-233 de 2007 emanada de la Sala Quinta de Revisión del alto Tribunal Constitucional que estudia la decisión adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en razón al proceso de tutela adelantado por Miguel Ángel Pérez Suárez en contra de la Corte Suprema de Justicia por la providencia del 27 de julio de 2006 donde se condenó al accionante a la pena de 6 años de prisión y 200 millones de pesos de multa por considerarse responsable del delito de enriquecimiento ilícito.

⁴ En la redacción original del proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 de la Cámara de Representantes por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal registrado en la Gaceta del Congreso número 339 de 2003, se incluían el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, que finalmente pasaron a formar parte de la Ley 906 de 2004, pero también los siguientes: la buena fe (a la que nos referiremos más adelante); el balance de intereses (hija, indudablemente, del efecto disuasorio que se le da a la institución en Estados Unidos); la legitimidad en la invocación de la exclusión (que es, más que una excepción, un requisito procesal-de legitimación, en una expresión en español mejor traducida-para solicitar la exclusión de la prueba ilícita, que busca evitar que quien no se ve afectado con la violación del derecho, pueda beneficiarse de la regla de exclusión), exigido desde 1969 por la Corte Suprema de Estados Unidos; y hasta “el fundamento disuasivo de la violación”, lo que demuestra la fuerte influencia del derecho norteamericano en la redacción del proyecto.

⁵ Se entiende por prueba ilícita, la obtenida con desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, tales como: i) dignidad humana, ii) debido proceso, iii) intimidad, iv) no autoincriminación, v) solidaridad íntima y la sometida para su producción, práctica o aducción a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie del medio de convicción así logrado. Por prueba ilegal o irregular, aquella que se genera en su producción, práctica o aducción en los actos de investigación se desconocen los presupuestos legales esenciales y puede ser excluida cuando el juez determine que trasciende hasta soslayar el debido proceso, pues la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales por sí solas, no facultan la supresión del medio de prueba.

Su contenido versa sobre los hechos ocurridos en el año 2003, antes de ser elegido Pérez Suárez como Gobernador del Departamento del Casanare, quien al parecer con ocasión a una reunión sostenida entre él y miembros de los paramilitares, recibió dinero por parte del grupo ilegal.

El ente acusador emitió resolución de apertura de investigación preliminar el 26 de noviembre de 2004 y de investigación el 4 de diciembre de 2004. Al llevarse a cabo la indagatoria, le fue impuesta al actor la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, según el accionante, basada en las declaraciones dadas a la Fiscalía por el señor Josué Darío Orjuela Martínez, miembro paramilitar, conocido con el alias de Solín, quien a su vez entregó un video con la grabación de la reunión.

Alega el tutelante que la prueba ilícita recaudada y la versión de Orjuela fue fundamento de una decisión proferida por la corte, vulnerando la ley y la constitución, pues debían ser desestimadas del material probatorio, ya que paso de ser una simple interpretación judicial para convertirse en un fallo arbitrario.

Por su parte, el alto Tribunal y la Corte Constitucional estiman que a pesar de la teoría de expulsión de la prueba ilícita del proceso penal, la ley consagra causales de exclusión que deben ser apreciados por el juez a fin de calificar su incidencia, relación e independencia entre los diferentes elementos de juicio. Además, argumentan que el condenado actuó libremente y admitió la ocurrencia de los hechos, lo cual rompe el vínculo ilícito de la prueba pues el contenido de la misma es ratificado por la persona y además cuando es rendido mediante decisión libre, como en el caso particular, no acarrea vicios constitucionales ni legales.

Así mismo, concluye el Consejo Superior de la Judicatura que la providencia impugnada no incurrió en causal alguna de nulidad, por cuanto se ajusta a la Constitución, luego Pérez Suárez dio autorización para que se filmara la reunión de la cual hizo parte y fue objeto de estudio, y no se incurrió en la violación de su

derecho a la intimidad. A pesar de ello, de aceptarse la tesis de ilegalidad de la grabación, no sufriría modificación sustancial, ya que la ocurrencia de la reunión fue demostrada mediante pruebas testimoniales y aceptada por el mismo acusado, basando su decisión la Corte no sólo en la prueba repudiada, siendo congruente y consecuencia de un análisis jurídico oportuno, la sanción impuesta al político por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de particulares.

En observancia de los casos en mención, y a fin de lograr comprender la aplicación de los criterios de excepción que fueren adoptados por Colombia, vale la pena remitirse al derecho norteamericano, a fin de estudiar casos particulares y su desarrollo por el aparato judicial, así como la concepción que tiene Alemania, y el tratamiento dado a las nulidades y excepciones en materia probatoria.

B. Criterios de excepción en Estados Unidos y Alemania

En Estados Unidos, cuando se habla de la regla de exclusión, *exclusionary rule*, es necesario remitirse a la jurisprudencia de su Corte Suprema de Justicia, puesto que su reconocimiento no se encuentra expreso en la constitución; no obstante ello, el Tribunal Supremo ha tenido que vincular sus decisiones con las Enmiendas Norteamericanas IV, V y VI en las que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables, a no declarar contra sí mismo, a no auto incriminarse y al debido proceso, lo que conlleva a inferir que la exclusión de la ilicitud probatoria tiene un alcance constitucional, al ser una garantía reforzada de los derechos individuales, que impide la eficacia y valor de la prueba viciada en el proceso penal.

El principal fundamento para el Alto Tribunal en su aplicación, consiste en preservar la integridad judicial en el proceso *judicial integrity* e impedir que los agentes de policía realicen actividades ilícitas en la obtención del material probatorio, que causen una lesión de los derechos individuales.

El primer fallo en establecer dicha regla procesal fue proferido en 1886, al ser obligado Mr. Boyd a expedir facturas y papeles con valor comercial que acreditaban el incumplimiento de las obligaciones fiscales por las cuales debían responder los directivos de su fábrica y comercializadora de vidrio, situación que generó su vinculación en un proceso penal por evasión de impuestos. Dicha conminación fue considerada por parte de la Corte Suprema de EE.UU. como medios probatorios que serían usados en contra del acusado y que contrariaban el debido proceso, razón por la cual, fueron excluidos del proceso penal.

Desde la creación y aplicación de la Regla General se presentaron un gran número de casos⁶ que no permitieron la admisibilidad del material probatorio recaudado ilícitamente, pero quizás uno de los más sonados fue el precedente del caso *Weeks vs. US* (1915) 232 US 383, en el que el acusado fue arrestado sin orden judicial y luego su casa fue allanada también sin orden judicial, teniendo que ser excluidos los libros y documentos encontrados en su domicilio, así se constituyeran como pruebas fehacientes para incriminarlo.

Fue tan solo a finales de 1970, cuando se comenzó a hacer una limitación en los alcances de las exclusiones probatorias, mediante excepciones que conllevaron aceptar por los Tribunales la prueba obtenida de una ilicitud verificada, generándose así, su admisibilidad a la luz de factores multidimensionales, tales como el contexto político, la procedencia, personalidad e ideología de los jueces, quienes como máxima autoridad judicial deben respetar las reglas y excepciones aplicandolas rigurosamente al caso concreto.

Las excepciones contempladas en la jurisprudencia Estadunidense son: buena fe, que consiste en admitir la valoración de pruebas ilícitas cuando en su producción el

⁶Entre los cuales se encuentran el asunto *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939). *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920) y *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984), que conllevaron a sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

agente estatal ha obrado de buena fe, creyendo razonadamente que su actuación estaba amparada por el Derecho, como en un caso de órdenes ilegales que el agente cree válidamente emitidas; la excepción de tacha o impugnación, que tiene por finalidad evitar que el acusado se beneficie indebidamente de la protección de la regla, permitiendo utilizar las pruebas desechadas conforme al régimen general, para un único fin: impugnar la credibilidad del acusado cuando, en lugar de acogerse al derecho a no declarar, rinde su versión en el juicio y se sabe, en virtud de la prueba declarada ilícita que, es ilícita pero conserva valor epistémico, que falta a la verdad.

Finalmente, la excepción del error inocuo, que afecta la apreciación de la prueba ilícita directa (no de la derivada), consiste en que si el error, siendo, la violación a un derecho fundamental o la irregularidad probatoria, no influyó en la condena, se le considera un error inocuo y, por lo tanto, la prueba puede ser valorada. Estas, al ser construídas a partir de métodos de interpretación que comprenden formas de ponderación, como el balanceo o el análisis costo-beneficio, no pueden ser sometidas en su aplicación a un nuevo análisis de ponderación en el caso concreto, aunque ello conlleve a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real (Fidalgo, 2003, p. 460).

Cabe anotar que aparte de las antes citadas, también se da aplicación en Estados Unidos aquellas excepciones acogidas por la legislación colombiana, las cuales hoy en día se encuentran tipificadas en el Código de Procedimiento Penal que, como bien se decía anteriormente, delimitan la clase de prueba y refuerzan la regla de exclusión. Un claro ejemplo de la excepción de vínculo atenuado se dio mediante la sentencia condenatoria proferida en contra de *Wong Sun* en 1963, quien como afirma el Tribunal, al realizar una confesión voluntaria, independiente jurídicamente de la prueba obtenida de la afectación de un derecho fundamental.

Los hechos acontecieron cuando la policía de narcóticos registró ilícitamente la lavandería de Toy, en cuyo registro indicó que Yee estaba vendiendo narcóticos. Los agentes registraron a continuación el domicilio de Yee y encontraron la droga. Este acordó denunciar al proveedor de los estupefacientes llamado Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración en la que negó los hechos. Ya habiendo abandonado la Comisaría Wong Sun, cuando regresó de manera voluntariamente y libre, sin coacción alguna e hizo un trato con la policía, confesando el ilícito.

Ya en la etapa de juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos, porque el registro fue hecho sin orden judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida, pero no se accedió a tal petición porque Wong Sun había regresado voluntariamente a la Comisaría de Policía para rendir la confesión, y el acto atenuaba la prueba, rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible dentro del proceso.

En contra posición a Estados Unidos, Alemania no contempla en sentido estricto una regla de exclusión general, ni un sistema de nulidades, sino que maneja un sistema potestativo que da facultades al juez para determinar en cada caso de forma particular e independiente, cuándo una prueba obtenida con violación del derecho debe ser desestimada con base en el método de ponderación y el estudio de los múltiples factores que pueden ser jurídicamente relevantes, lo que indica que es mucho más complejo lograr que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad en razón a la obtención de una prueba que lo acusa con violación de los principios constitucionales. Ello se puede evidenciar claramente en dos casos relativos a la incautación de diarios con violación del derecho a la intimidad de sus propietarios.

En el primer caso, el diario permitía comprobar que el sindicato había cometido el delito de perjurio. La Corte excluyó dicha prueba. En el segundo caso, el diario

conducía a demostrar la responsabilidad de un sindicato por tentativa de homicidio y admitió dicha prueba que, entonces, fue determinante para que se proferiera sentencia condenatoria. Estas dos decisiones casuísticamente parecidas pero con providencias diferenciales, fueron el resultado de la aplicación del método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad, el cual incluye los tres sub-principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y que se deben analizar caso por caso.

Sin embargo, antes de recurrir a ellos, en una primera etapa, se cuestiona si la prueba representa una afectación de las garantías esenciales y luego, se observa el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, que aún afectando los derechos fundamentales, la prueba se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (sub-principio de adecuación), que las autoridades no dispongan de otros medios igual de efectivos, ni menos lesivos al afectar los derechos de la persona (sub-principio de necesidad) y que el perjuicio ocasionado a la persona no sea excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (sub-principio de la proporcionalidad en sentido estricto).

Los factores ponderados a analizar pueden ser múltiples, como la seriedad del crimen, qué tan grave es el vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de tenga la sospecha sobre el caso particular y los intereses constitucionales que pueden encontrarse en juego, tales como la fiabilidad del sistema o el interés de que el bien jurídico tutelados no quede en la impunidad.

Las diferencias entre los dos enfoques en cuestión, tanto el estadounidense como el Alemán, son significativas, toda vez que según las normas sentadas en el derecho anglosajón toda prueba ilícita o ilegal, debe ser excluida, a excepción de aquellas que a la luz de los criterios de excepción a la regla general, puedan ser concebidas como válidas por no atentar contra las garantías constitucionales y legales, empero, en el derecho germano, el administrador de justicia goza de

discrecionalidad para dejar de excluir una prueba en pro de verlar por la verdad real, con el fin de evitar la impunidad, mantener la integridad del sistema judicial, su reputación y el respeto de los ciudadanos por el sistema al efectuar una sanción por las conductas delictivas, al valorar a través del método de ponderación, los derechos dependiendo de su importancia y afectación.

Tabla 1.
Criterios de excepción comparados en Colombia, Estados Unidos y Alemania

Colombia	-Vínculo atenuado	-Fuente independiente	-Descubrimiento inevitable
Estados Unidos	Excepciones reales: -Buena fe -Tacha o impugnación - Error inocuo	Excepciones Derivadas: -Vínculo atenuado -Fuente independiente -Descubrimiento inevitable	
Alemania	No existe una regla o cláusula de exclusión general.	Potestad del juez desestimar prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales	Aplicación método de ponderación para analizar múltiples factores.

Fuente: Realización propia

C. Análisis de la situación en Colombia

Es evidente que entre la cláusula de exclusión y sus criterios de excepción se genera una tensión jurídica al existir dos intereses contrapuestos que gozan de protección constitucional, puesto que la disyuntiva se origina entre garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y libertades del ser humano o evitar la impunidad y ejercer por parte del Estado el *ius puniendi* para impedir la comisión de nuevas conductas ilícitas.

En el país, al contemplarse en la Constitución Política la exclusión probatoria de toda prueba viciada, se afianzaba la salvaguarda de los derechos y garantías

individuales; empero, al incursionar legislativamente los criterios de excepción en el ordenamiento jurídico colombiano, en contra posición a lo previsto por la Corte Constitucional en su Sentencia C-591 de 2005, primó el interés común, y se dio lugar a la agresión de los derechos individuales de la persona objeto de la acción penal, al aceptarse, considerarse y valorarse pruebas ilícitas o ilegales que puedan conllevar a una sanción por parte del Estado.

De lo anterior, se puede inferir que en Colombia la cláusula de exclusión en materia penal, no es una disposición de carácter absoluto, pues si bien fue concebida a la luz del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, con la creación del Código de Procedimiento Penal en vigencia, se adoptaron por el legislador tres criterios de excepción a la regla general que fueron enunciados en su artículo 455 y que ocasionaron un devenir entre la doctrina y la jurisprudencia al encontrarse vacíos jurídicos por la carencia de su desarrollo.

Conclusiones

Los derechos humanos son producto de la evolución histórica, inherentes al hombre, universales, inalienables, indivisibles, superiores y necesarios para el desarrollo del individuo en sociedad, por ende, más allá de cualquier factor particular, todo ciudadano colombiano goza de ellos, siendo además, benefactor de los derechos fundamentales que se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico y son reconocidos y garantizados por el Estado.

Las excepciones a la cláusula de exclusión pueden generar restricciones a los derechos individuales, pero ello resulta lícito, si tal admisión de la prueba, se hace luego del test de ponderación, que es un criterio relevante para la función jurisdiccional, puesto que permite no solo efectuar una valoración cuantitativa, sino analítica y razonable entre derechos preponderantes, siendo el interés común el

resultado que prima en pro de lograr la búsqueda de la verdad, la conservación del orden social, la futura comisión de conductas ilícitas y la no impunidad.

De la colisión de principios que suscita en el tema que nos ocupa, basado en el estudio de instituciones penales foráneas como Alemania, es el análisis de la ponderación y sus tres elementos desarrollados por Robert Alexy, ley de ponderación, fórmula de peso y cargas de argumentación, el criterio metodológico que sustenta la prevalencia de derechos de carácter general ante los de índole particular, toda vez que a través de un juicio razonable evalúa la relevancia de las dos disposiciones jurídicas, su disyuntiva y la forma de resolver la incompatibilidad de las dos normas.

La aplicación de los criterios vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable, violenta los derechos fundamentales y garantías procesales de la persona objeto de la acción penal; no obstante, su admisibilidad depende de cada caso específico e independiente, ya que más que ser una decisión arbitraria, debe ser el resultado de una valoración estructurada, metodológica y reflexiva encaminada a brindar seguridad jurídica a los ciudadanos y buscar la conservación del orden social.

Se debe tener en cuenta que el caso de Alemania al no tener una regla, norma o cláusula establecida sobre la exclusión, brinda una autonomía desbocada al juez para desestimar la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y atenta en contra de la persona objeto de la acción penal; sin embargo, no es más que el reflejo de la autonomía de la cual goza el operador judicial a la hora de tomar una decisión sobre la exclusión de la prueba en el proceso penal, valorando libremente el material probatorio, lo que genera una sostenibilidad del orden social que brinda credibilidad a la administración de justicia y otorga como resultado la búsqueda material de la verdad.

Finalmente, se hace necesario seguir estudiando sobre el tema para profundizar más en su conocimiento e idear maneras de zanjar dicha tensión jurídica entre el interés general y particular, pues Colombia es un estado social de derecho, pluralista y garantista, en evolución constante, que necesita contar con una visión global, que más que dedicarse a implementar normas guiadas por el derecho anglosajón, debe analizar legislaciones internacionales que acoplen su desarrollo jurídico a la luz de los criterios como necesidad, ponderación y legalidad, para de manera equitativa y razonada, extractar herramientas que permitan el desarrollo de su ordenamiento jurídico.

Referencias

Acto legislativo 03 del 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No 45.040 de Diciembre 19 de 2002.

Aguilera, M. (2008). Regla de exclusión y acusatorio. En: L. Bachmaier (Coord.), 2008, Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, pp.73-108.

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En: Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional. (11), pp. 3-14.

Alfonso, O. (2004). "Prueba Ilícita Penal", segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia.

Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Bogotá: Temis.

Aramburo, M. (2009) Páginas sobre la justicia civil. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid- Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons (en prensa).

- Aramburo, M. (2010). La prueba ilícita en Colombia: presupuestos de racionalidad. La razón del Derecho, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas N°1.
- Bachmaier, L. (2008). Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. En: L. Bachmaier (Coord.). Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: MarcialPons, pp.11-48.
- Bernal, P. (2005). Estructura y límites de la ponderación. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Bedoya, L. F. (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano II, Fiscalía General de la Nación, Colombia pp.200, 204, 273.
- Borrero, G. M; Sampredo, J. A. (2010).“Sistema Acusatorio y Jurisprudencia”, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá Facultad de Ciencias Jurídicas, Corporación Excelencia en la Justicia, Grupo Editorial Ibáñez (Colección Investigaciones N° 6).
- Cadena, R. & Herrera, J. (2008). Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio. (Segunda Edición). Bogotá: Colección Lecciones del Sistema Acusatorio No. 5, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Código de Procedimiento Civil. Decretos números 1400 y 2019 de 1970. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970 y Diario Oficial No. 33.215, 18 de diciembre de 1970.
- Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso de la República No.273de2004.

Congreso de la República de Colombia. Gaceta del Congreso de la República de Colombia No.359 del 2004.

Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de Julio de 1991.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-008/1998. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), 30 de junio.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-159/2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), 6 de marzo.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-591/2005. (MP. Clara Inés Vargas Hernández), 9 de junio.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-233/2007. (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), 29 de marzo.

Delgado del Rincón, L. (2013). La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia. En: Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México: memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral.

Fidalgo, C. (2003). La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América. *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal* N° 5, pp.21-36.

Fidalgo, C. (2003). Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ. *Nuevo foro penal*, enero-junio, pp. 223-227.

Gössel, K. (2004). *El proceso penal: ante el estado de derecho: estudios sobre el ministerio público y la prueba penal*. Lima: Grijley.

Guerrero, O. J. (2009). *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano anotaciones desde el derecho comparado*. Bogotá: Temis.

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* 45658 de septiembre 1 de 2004.

Ley 16/1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". 5 de febrero. *Diario Oficial* 33.780.

Ley 70/1986. Por medio de la cual se aprueba la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984". 17 de diciembre. *Diario Oficial* 37737.

Ley 409/1997. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura", suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985. 31 de octubre. Diario Oficial No. 43.164.

Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria sus excepciones. Revista catalana de seguridad pública, N° 22, 131-151.

Wolter, J. (2005). Dignidad humana y libertad en el proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Yañez, D.A. (2007). Dilema Jurídico en la Aplicación e Interpretación de la Cláusula de Exclusión en el Proceso Penal Colombiano. XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 5-7 de septiembre, Bogotá D.C.