

La excepción del vínculo atenuado como instrumento de evitación de la expulsión probatoria dentro del derecho procesal penal. Defectos de inconstitucionalidad

**Olga Lucía Ferreira Fajardo
Luis Ariel Rodríguez Ferreira**



**Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá D. C.
2015**

Resumen

El tratamiento que se debe hacer a una prueba de origen ilícito ha sido uno de los principales problemas que se afronta en el ámbito del derecho penal ya que, por mandato constitucional, toda cláusula que sea ilícita debe ser excluida de pleno derecho, así como todas aquellas que se hayan derivado, en origen, de la cláusula ilícita. Frente a esta situación, la norma procesal penal introduce la figura de las *excepciones probatorias*, las cuales han sido definidas por vía jurisprudencial. La incorporación de las excepciones implica ciertas dificultades al momento de plantear la posibilidad de aplicación de la cláusula de exclusión, especialmente la excepción del vínculo atenuado.

Palabras clave: debido proceso, cláusula de exclusión, prueba ilícita, excepciones, vínculo atenuado.

Índice

1. Introducción	4
2. Problema y pregunta de investigación	4
3. Objetivos	5
4. Metodología	6
5. Hipótesis	6
6. Excepciones a la regla de la cláusula de exclusión	7
7. Marco conceptual.....	8
7.1 Prueba ilícita y cláusula de exclusión en Colombia	10
7.2 Desarrollo jurisprudencial	11
7.3 La cláusula de exclusión y sus excepciones	13
8. Excepciones a la cláusula de exclusión.....	15
8.1 Fuente independiente.....	15
8.2 Descubrimiento inevitable (<i>inevitable discovery</i>).....	16
8.3 Vínculo atenuado (<i>purged taint</i>)	17
9. El vínculo atenuado en la jurisprudencia colombiana	17
9.1 Criterios de existencia y características del vínculo atenuado	18
9.2 Características de la excepción por vínculo atenuado	19
9.3 Aplicaciones del vínculo atenuado	20
9.4 Efectos	22
9.5 Defectos del vínculo atenuado	23
10. Propuesta.....	24
11. Conclusiones	25

1. Introducción

El presente artículo trata sobre los posibles defectos constitucionales que se presentan en la excepción de exclusión por vía de vínculo atenuado, ya que la norma procesal penal introduce la figura de las *excepciones probatorias*, las cuales han sido definidas por vía jurisprudencial. En este estudio se evidenciará que la incorporación de las excepciones implica ciertas dificultades al momento de plantear la posibilidad de aplicación de la cláusula de exclusión, especialmente la excepción del vínculo atenuado.

De acuerdo con lo anterior, se hará una presentación general y conceptual de la teoría de la prueba ilícita, de la cláusula de exclusión y de las respectivas excepciones a la misma. Segundo, se expondrá qué es el vínculo atenuado y sus características; se describirá los criterios de existencia, las aplicaciones, los efectos y las deficiencias de esta excepción. Luego, para finalizar el documento, se emitirá una propuesta para solucionar esta problemática y se anotará una serie de conclusiones sobre el tema.

2. Problema y pregunta de investigación

El inciso final del Artículo 29 de la Carta Magna colombiana expresa la posibilidad de dar nulidad de pleno derecho, a modo de sanción, a todo material cuya finalidad sea “ser probado”, en cualquier actuación judicial, y que haya sido recolectado por fuera de los límites constitucionales del debido proceso. Este mandato constitucional traza el límite que debe ser observado por las partes de la litis, y más cuando una de estas corresponde al Estado. Esta norma establece que, por fuera del debido proceso, no puede ser obtenido conocimiento alguno y que, en caso de haberlo hecho, este contenido será excluido de la actuación procesal.

La nulidad de la prueba obtenida ilícitamente es parte integral del debido proceso en materia penal, ya que es un derecho fundamental en el cual se establecen sus

condiciones. La ausencia de dichos requisitos resulta en la absoluta ilegitimidad de todo acto de persecución penal que se haya adelantado o adoptado por parte de la representación estatal. Este derecho indica el cuándo y el cómo juzgar (Calle, 2000, p. 59). Es decir que, para la obtención y posterior valoración de cada prueba, el Estado debe ceñirse de manera estricta a los procedimientos que constitucional y legalmente han sido autorizados. De manera que la omisión o la no observancia de estos procedimientos implican la ilicitud de la conducta que obtiene el elemento material probatorio.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004, se introduce la percepción norteamericana del manejo de la prueba ilícita, especialmente en lo que respecta a las excepciones a la valoración de la prueba ilícita dentro del proceso penal. La mencionada norma procesal, en su Artículo 455, formula como excepciones las que provienen de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y la de vínculo atenuado o vínculo causal atenuado (Rodríguez, 2014, p. 386).

La incorporación de las excepciones implica ciertas dificultades al momento de plantear la posibilidad de aplicación de la cláusula de exclusión, especialmente la excepción del vínculo atenuado. Por este motivo, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿el vínculo atenuado presenta defectos de constitucionalidad que dificultan su aplicación?

3. Objetivos

El presente artículo tiene como objetivo identificar y describir los posibles defectos constitucionales que se presentan en la excepción de exclusión por vía de vínculo atenuado.

- **Objetivos específicos**

Presentar teóricamente las excepciones a la cláusula de exclusión probatoria. Se espera realizar un análisis descriptivo del desarrollo de la tesis de la prueba ilícita en Colombia, desde la Constitución de 1991, e indicar la evolución de la cláusula de exclusión y de sus respectivas excepciones.

A su vez, se pretende establecer las aplicaciones, principales características, efectos y deficiencias de esta excepción del vínculo atenuado.

4. Metodología

Para responder a la pregunta de investigación y cumplir con los objetivos, primero se realizó una búsqueda bibliográfica sobre la excepción de exclusión por vía de vínculo atenuado y su proceso histórico. De manera que, a partir de esta información, se realizó una descripción general de la teoría de la prueba ilícita. Posteriormente, se procedió a realizar un análisis descriptivo del desarrollo histórico de la tesis de la prueba ilícita en Colombia, desde la Constitución de 1991, y de la evolución de la cláusula de exclusión y sus respectivas excepciones. Todo lo anterior se realizó con el fin de identificar y describir las posibles falencias constitucionales del vínculo atenuado.

5. Hipótesis

Como ya se comentó, hay una serie de dificultades cuando se pretende aplicar la cláusula de exclusión, especialmente el vínculo atenuado. Por este motivo, se considera, a modo de hipótesis, que las dificultades de aplicación del vínculo atenuado ocurren porque existen defectos de constitucionalidad, los cuales deben ser identificados y descritos para contribuir a la mejora del debido proceso en materia penal.

6. Excepciones a la regla de la cláusula de exclusión

- **Teoría de la prueba ilícita**

El sistema judicial de un Estado mantiene una estrecha relación con el modelo social imperante y con la finalidad política impuesta. En la actualidad, con el modelo social y político colombiano, consagrado en la Constitución de 1991, se adoptó los preceptos de libertad, democracia y dignidad humana como valores fundamentales hacia los cuales se orienta la norma suprema, a fin de lograr su consecución.

Dentro de este modelo imperante, llamado Estado Social de Derecho, se dio acogida a los principios constitucionales anteriormente enunciados. Por tanto, se ha dado proyección a las normas que conforman el sistema judicial colombiano, entre ellas las relacionadas con el sistema jurídico penal. Esto se ha denominado “la constitucionalización del derecho penal”, lo cual ha sido permeado por el deber ser de estos valores y ha dado lugar a que el Estado, como administrador de justicia, a través de sus organismos de investigación y juzgamiento, deba observar con detenimiento los valores y principios invocados allí, ya que constituyen el sustrato material de la prueba penal (Rodríguez, 2014, p. 23).

Debido a que la prueba penal está directamente relacionada con todas las normas con las cuales se han consagrado derechos y garantías fundamentales para los asociados del Estado, cualquier irregularidad que se pueda dar en la prueba, que haya atentado contra las garantías fundamentales, *verbi gratia*, intimidad, dignidad, debido proceso, entre otros, goza de un estatus de antivalor, ya que vulnera los valores acogidos por el modelo social y político imperante.

Cuando el Estado traspasa los límites legales afecta su sistema jurídico, el cual está llamado a respetar y velar por que se acate, ya que es el elemento de convivencia entre sus asociados. Su irrespeto, por parte del ente estatal, vulnera de gravedad, el orden social, y los derechos y garantías que el sistema le ofrece al procesado.

7. Marco conceptual

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

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

Uno de los problemas que presentó en un principio la teoría de la prueba ilícita, consistió en la diversidad terminológica y ambivalente con la cual se hizo referencia a esta teoría, ya que desde sus orígenes se empleó términos como el de *prueba prohibida*, *prueba inconstitucional*, *prueba ilegal*, *prohibiciones probatorias*, etc. Lo anterior se puede evidenciar en Pico (1966, p. 283), Miranda Estrampes (1999, p. 17-22) y López Fragoso y Álvarez (1991, p. 94), quienes identificaron, como término adecuado, el de *prueba ilícita*.

La anterior precisión es válida, ya que las garantías constitucionales propias y relacionadas al debido proceso, en su sentido más amplio, pueden estar consignadas a un nivel supranacional como interno, en una ley orgánica, ordinaria o estatutaria, o simplemente en un decreto con efecto *erga omnes*, por lo cual el término de *prueba inconstitucional* conlleva el problema de realizar una reducción exclusivamente al campo constitucional.

El término *prueba irregular* tampoco es el adecuado debido a la amplitud conceptual que implica, así como el de *prueba ilegal*, ya que este indica una relación con una normatividad subalterna, producto del desconocimiento del principio de pertinencia o el de conducencia, pero este desconocimiento no vulnera el principio del debido proceso. La expresión *prueba prohibida*, pese a tener un carácter único frente al carácter de irregular, presenta el problema de no realizar una distinción clara en los casos de la prueba impertinente e inconducente. Por último, la *prueba nula* es considerada la consecuencia de una irregularidad grave, la cual atenta contra el sistema jurídico (Rodríguez, 2014, p. 27).

La prueba ilícita consagrada en la Constitución Política de Colombia solo exige que se haya violado el principio del debido proceso, sin imponer ningún tipo de apreciación subjetiva. Pero, a partir de la decisión de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de octubre de 2009, con radicado interno 32193 (magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas), se impone el criterio para que exista la prueba ilícita. En este caso, no solo se debe vulnerar el debido proceso, sino que esta acción debe estar acompañada del componente subjetivo del dolo al momento de ser obtenida o producida, por parte del agente estatal.

Este criterio introducido por la Corte Suprema de Justicia presentaría el inconveniente de imponer sobre el imputado, o del justiciado, una carga adicional que vulnera su derechos, pues debe hacerse el juicio de culpabilidad en la conducta del agente recolector de la prueba ilícita y soportar, en caso de que se demuestre la ausencia de dolo, que se le procese con el empleo de una prueba ilícita.

Debe resaltarse que el Estado está obligado a preservar aquellos principios y valores sobre los cuales ha construido su modelo de sociedad, de allí que cuando se traspasa los límites trazados por la legalidad, se atenta contra la legitimidad de su investidura. Precisamente, esta exigencia es compartida por los agentes estatales, en especial por los jueces, fiscales y las mismas partes dentro de un proceso penal; ellos actúan respetando los límites trazados a la libertad de prueba, el derecho de defensa y la obtención de la prueba (Cadena & Herrera, 2008, p. 28).

Ante esta exigencia, el juicio no admite elementos probatorios que se desconozcan o violen garantías judiciales o derechos fundamentales.

La teoría de la prueba ilícita enfrenta dos posturas de carácter fuerte: la primera excluye la posibilidad de hacer uso de cualquier prueba ilícita en un proceso judicial, y la segunda advierte la posibilidad de hacer uso de esta prueba, máxime cuando se persigue un bien mayor, como lo es conseguir la verdad real del hecho y administrar justicia.

Ante lo anterior, vale la pena resaltar que se comparte lo expresado por Cadena Lozano y Herrera Calderón (2008, p. 46). Consideran que es un contrasentido ético moral valorar una prueba cuyo origen sea ilícito, ya que el ente estatal no puede asumir la calidad de delincuente, en tanto viola garantías procesales y fundamentales con el objeto de combatir la delincuencia, en especial cuando la norma superior así lo proscribe. Dicha prohibición es constitutiva del bloque de constitucionalidad.

7.1 Prueba ilícita y cláusula de exclusión en Colombia

La Constitución de 1991, de manera expresa, hace la inclusión de la cláusula con la cual se establece la nulidad de toda prueba obtenida con la vulneración del debido proceso constitucional. Esta cláusula contenida en el inciso final del Artículo 29 superior, reguló el trato dado a toda prueba obtenida fuera de las solemnidades procesales contenidas en la norma superior y la norma especial.

A partir de promulgación y vigencia de la norma constitucional colombiana, se ha expedido tres normas que regulan el procedimiento penal, a saber, el decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. En esta última se regula de manera expresa, taxativa y clara, el contenido del inciso final del Artículo 29 constitucional, incorporando en el Artículo 23, como principio rector, la llamada cláusula de exclusión.

Estas normas disponen que la libertad probatoria no debe vulnerar los derechos humanos; se exige que la prueba debe ser legal y con observancia en todo momento de las garantías constitucionales. Pese a lo anterior, con la Ley 906 de 2004, se hace uso

de la denominada cláusula, pero esta ya había sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional.

7.2 Desarrollo jurisprudencial

Uno de los principales desarrollos dados por la jurisprudencia constitucional a la cláusula de exclusión se encuentra en la sentencia T008 de 1998 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz). Este pronunciamiento se dio con ocasión a una declaración de un testigo cuya identidad es reservada, pues fue tomada en un proceso adelantado en la denominada justicia regional, el cual dio origen a un allanamiento en el que se incautó material probatorio que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria en el proceso adelantado. El testimonio recolectado que dio origen a la incautación del material probatorio fue practicado sin el lleno de los requisitos legales regulados en aquel entonces por los Decretos 099 y 2271 de 1991.

A consideración de la Corte, los requisitos exigidos por las normas que regulaban la práctica del testimonio son condición de validez de dicha declaración. La no observancia de estos implicaba la nulidad de pleno derecho y su exclusión del acervo probatorio, por lo cual no podría derivarse responsabilidad penal alguna, sin embargo, lo mismo no podría predicarse del material incautado en el allanamiento derivado del testimonio.

Posteriormente, en la Sentencia SU 159 de 2002, caso de connotación nacional, vinculó a los entonces ministros de minas y de comunicaciones. Fue publicado, en un medio de difusión nacional, una conversación telefónica, ilícitamente obtenida, de la cual se derivaron otros materiales probatorios y que dio origen a una investigación penal en su contra.

El análisis hecho en esta oportunidad por la Corte Constitucional fue realizado teniendo en cuenta los sistemas de tradición romano-germana, el alemán y el anglosajón, dentro del cual se hace referencia a la *exclusionary rule* de Estados Unidos.

En un primer análisis realizado por la Corte Constitucional, se establece una precisión conceptual de prueba ilícita y prueba inconstitucional. Se señala que la prueba ilícita es violatoria de las garantías del investigado, acusado o juzgado, mientras que la inconstitucional es violatoria de los derechos fundamentales.

Un segundo análisis de relevancia encontrado en la sentencia SU159 de 2002, es el realizado al inciso final del Artículo 29 superior, en el cual se puede establecer que la voluntad del constituyente era la de incluir una restricción tanto para los agentes estatales, como para los particulares, de realizar prácticas violentas, crueles e inhumanas con el fin de lograr cualquier información sobre la ocurrencia de delitos. Es precisamente en este apartado en donde se evidencia, por parte de la Corte Constitucional, una preferencia por el tratamiento que hace el sistema estadounidense a la prueba ilícita, ya que identifica, en el mandato constitucional citado, efectos de carácter disciplinantes o preventivos (Guariglia, 2005, p. 45-46), que vinculan tanto a sujetos públicos y privados, manteniendo siempre por finalidad el desalentar la persecución penal que atente contra los mandatos constitucionales.

Un tercer análisis en la citada sentencia SU159 de 2002 es la comparación del medio empleado por los métodos de exclusión tanto alemán como estadounidense. Pese a que en ambos sistemas existe discrecionalidad judicial, esta es más limitada en el caso del modelo angloamericano, ya que obedece a figuras como reglas y exclusiones dadas por la Corte Suprema de riguroso ejercicio, mientras que, por parte del sistema alemán, se acudiría a la exclusión por ponderación, teniendo como fundamentos criterios como los de seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba objeto de ponderación, intereses constitucionales y la probabilidad de sacrificio de la verdad real del caso ponderado.

Vale la pena aclarar que, entre el modelo alemán del método de ponderación y el anglosajón, la corte Constitucional Colombiana considera que es más efectivo el método de exclusión del sistema estadounidense.

Un análisis final, realizado en la sentencia SU 159 de 2002 es la identificación y el empleo que hace la Corte Constitucional de las excepciones a la cláusula de exclusión

que existen en el sistema angloamericano, identificadas como la *doctrina de la atenuación*, *doctrina de la fuente independiente*, *doctrina del descubrimiento inevitable* y *la doctrina del acto de voluntad libre*, las cuales sirvieron para motivar la decisión. Se indicó que, la conversación intervenida, por su origen ilícito, debía ser excluida del proceso, pero no las pruebas derivadas de esta, pues se trató de una relación causal atenuada, o vínculo atenuado, obtenidas en un acto de libre voluntad.

Otra sentencia hito, tratándose del uso y precisión conceptual de la cláusula de exclusión, es la sentencia de constitucionalidad C 591 de 2005 (magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández). En esta ocasión, la Corte Constitucional establece con precisión las llamadas excepciones a la cláusula de exclusión, aunque prefiere el término de *criterios*, los cuales sirven para establecer un vínculo entre las pruebas ilícitas y las derivadas de estas. Su presencia en el proceso solo es posible al entenderlas como consecuencia de las excluidas o ilícitas.

Si bien la Corte Constitucional no considera estos criterios como excepciones a la cláusula de exclusión, mantiene el razonamiento de que si una prueba, indiferente de su naturaleza directa o derivada, ha sido obtenida con violación a las garantías procesales y derechos fundamentales, debe ser excluida. Para la Corte, conforme se explica en este pronunciamiento, los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable permiten aplicar la regla de exclusión, ya que se les considera como facilitadores a su aplicación.

7.3 La cláusula de exclusión y sus excepciones

La *cláusula de exclusión* o *regla de exclusión* es un precepto constitucional, el cual es de aplicación para los procesos e investigaciones de orden penal, la cual señala la inadmisibilidad e imposibilidad de realizar la valoración probatoria a aquellos elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que haya sido recolectada, obtenida o producida mediante la no observancia de las garantías fundamentales y procesales del indiciado, acusado o procesado. La improcedencia se

hace extensiva a aquellas evidencias probatorias que derivan de la prueba ilícita. Esto ha sido señalado por Carlos Eduardo Caicedo Fonseca, en su columna en el diario Portafolio, titulada *La regla de exclusión, según la cual identifica que la regla de exclusión*.

Para la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación SU-159/02, la cláusula de exclusión es el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.

La exclusión debe hacerse en sentido material, lo cual implica que todo elemento o evidencia que se repute ilícita deberá ser expulsada del proceso penal. Esto solo se hace a partir de la Ley 906 de 2004, ya que en los sistemas predecesores, como el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, esta exclusión solo se hacía de manera ideal.

La regla de exclusión adoptada por el Estado colombiano tiene su origen en el sistema estadounidense, en especial en las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos, realizadas sobre la Cuarta (derecho a no declarar contra sí mismo, en causa penal), Quinta (intimidad e inviolabilidad del domicilio) y Décimo Cuarta (debido proceso) enmiendas a la Constitución estadounidense. Así se reglamenta la inadmisibilidad de la prueba ilícita dentro de un proceso penal, cuando su ilicitud radica en la vulneración de los derechos procesales del investigado, imputado, acusado o procesado.

En el caso colombiano, dicha exclusión opera ante cualquier violación a los derechos fundamentales y garantías procesales, mientras que, para el caso estadounidense, solo opera cuando se dan temas propios de las enmiendas anotadas.

Es menester señalar que, en el caso colombiano, la regla de exclusión opera por mandato constitucional y se presenta como “remedio procesal” (en términos de la sentencia SU 159 de 2002), ya que busca que la prueba, o el elemento material probatorio, sea allegado al proceso penal observando las garantías procesales y derechos fundamentales. En el caso contrario, estas deben expulsadas. Por lo tanto, la cláusula de exclusión solo opera cuando existe vulneración al debido proceso y se hayan vulnerado derechos fundamentales al sujeto de la persecución penal.

De otra parte, la Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C 591 de 2005, consideró que las excepciones a la regla de exclusión, consignadas en el Artículo 455 del Código procesal penal colombiano, son mecanismos que facilitan la aplicación a la cláusula de exclusión, haciendo uso de los conceptos de *fuentes independientes*, *descubrimiento inevitable* y *vínculo atenuado*.

8. Excepciones a la cláusula de exclusión

8.1 Fuente independiente

Se ha ilustrado que, para que se esté ante la excepción de fuente independiente, es preciso que no exista una vinculación directa entre una prueba ilícita y otra posterior ilícita derivada de la originaria.

Bajo ese entendido doctrinario, la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita.

La doctrina de fuente independiente, como lo expone Guerrero Peralta, en su texto *Institutos probatorios del nuevo proceso penal* (2015, p. 257), no se trata propiamente de una excepción, debido a que esta doctrina versa sobre los modos de obtener evidencia o de demostrar un hecho, pues en ambas situaciones existen dos modos: uno completamente legal y otro ilegal, sin que entre estos dos exista vínculo alguno.

Esta tesis busca establecer la existencia de algún vínculo entre el modo de obtener la prueba legal y la ilegal. Ejemplo del uso de esta doctrina se encuentra en el caso *Bynum vs. Estados Unidos* en el año de 1960, en el cual se realizó la exclusión de impresiones dactilares tomadas luego de una detención ilegal, las cuales fueron allegadas de manera posterior, ya que hacía parte del archivo del FBI. Estas últimas fueron aceptadas como nuevas pruebas al considerarlas independiente de la primera. A partir de esta ilustración

puede afirmarse que la doctrina de la fuente independiente está dirigida a la forma de adquirir información dentro de una investigación penal.

Otro ejemplo de fuente independiente ha sido ilustrado en el caso *Segura vs. US* (1984), en el cual la policía entró a un domicilio sin permiso judicial, detiene los ocupantes y permanecen en el lugar hasta que llega la orden que se obtiene en virtud a los datos indiciarios existentes antes de proceder al registro inicial. Se excluyó los elementos encontrados en la entrada inicial, pero se admitieron los que se descubrieron después de haberse ejecutado el mandamiento de entrada válido.

8.2 Descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*)

La doctrina del descubrimiento inevitable, por su parte, señala que dos investigaciones —una privada sin el uso de los requisitos legales y otra con el lleno de los requisitos legales— una vez impulsadas darían como resultado que la prueba sería objeto de exclusión.

Doctrinariamente se ha entendido que, conforme a esta excepción, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la parte demuestra convincentemente que esa misma prueba, hipotéticamente, habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original si deba ser excluida.

En otras palabras, mientras que la fuente independiente se coteja por los orígenes de la prueba, en la tesis del descubrimiento inevitable se coteja la prueba de origen ilegal, con “un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma consecución” (Guerrero, 2015, p. 264). Sin embargo, esta excepción es duramente cuestionada debido a que, si bien se opta por un camino hipotético de una investigación en curso, esta fácilmente puede hacer uso de hipótesis desmedidas o arbitrarias, lo cual facilitaría que se introdujera evidencia obtenida en contra de los preceptos constitucionales.

8.3 Vínculo atenuado (*purged taint*)

Esta excepción es entendida como el vínculo existente entre una prueba ilícita y una lícita derivada de esta. Su diferencia es muy tenue, por lo que la prueba derivada se aceptaría y vincularía al proceso. Es decir que cuando se relaciona la prueba ilícita y la lícita que se genera a partir de la ilícita no hay claridad, o es tan tenue que se requiere de grandes operaciones lógicas para poder definirlo o identificarlo. Sin embargo, dicha investigación no se realiza en condiciones normales por parte de los agentes estatales.

Para ilustrar esta excepción, se puede observar lo expuesto en el Caso *Nardone vs. US* (1939), en el que se dijo: “El sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada”.

Esta excepción y la del descubrimiento inevitable se consideran verdaderas excepciones a la cláusula de exclusión, que logran la incorporación al proceso de pruebas ilícitamente obtenidas, agravando el mandato constitucional de exclusión y atentando contra los principios sobre los cuales se erige la sociedad.

9. El vínculo atenuado en la jurisprudencia colombiana

Como se afirmó en el acápite anterior, la excepción por vínculo atenuado radica en el estudio de la relación causal entre un acto primario del cual se origina una prueba ilícita y el fruto probatorio, cuando esta relación causal es tan tenue o difusa que evidencia un desvanecimiento, así lo ha definido la Corte Constitucional.

Este término encuentra su origen en la denominada doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso o envenenado y su efecto es hacer válida aquella prueba que se deriva de otra que ha sido obtenida de manera ilícita, debido a se demuestra que la causalidad existente entre estas dos pruebas es tan débil que puede implicar un saneamiento probatorio en aquella que tiene origen derivado. Un ejemplo de esta tesis ocurre cuando un servidor público exige dinero para adoptar una decisión judicial. La grabación de esta

interceptación ha sido obtenida sin la observancia de las garantías fundamentales ni procesales, por lo tanto se considera ilícita. Sin embargo, de manera posterior, el funcionario judicial, en un interrogatorio libre y asistido por su representante legal, acepta el hecho.

Obviamente, el interrogatorio surge debido a los indicios que posee el agente estatal investigador, motivado en la interceptación ilícita realizada al funcionario judicial, pero esta ilicitud desaparece al momento en que el funcionario, de manera expresa, libre y voluntaria, decide admitir la comisión de la conducta por la cual está siendo investigado. Por tanto, ya no existe la presión alguna que vicie la causalidad entre la prueba derivada (Marín, 2010, p. 71).

9.1 Criterios de existencia y características del vínculo atenuado

A continuación se indicará los criterios para establecer la existencia de la excepción por vínculo atenuado:

- **Proximidad temporal.** La excepción por vínculo atenuado responde al criterio de que entre más corto el lapso entre la prueba ilícita y la obtención del aprueba derivada, existe una mayor probabilidad de que esta prueba derivada sea declarada viciada. Caso contrario, cuando más alejada esté la prueba derivada de la causa ilícita existe menos probabilidad de que se le identifique como fruto de aquellas.

- **Extensión de la cadena causal.** Este criterio indica que, mientras más factores estén presentes entre la prueba ilícita inicial y su efecto, existe una mayor posibilidad de que la prueba sea admitida.

- **Acto libre de voluntad.** La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio. Cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir la derivada de la principal viciada.

- **Gravedad e intencionalidad de la ofensa original.** Cuando la conducta de obtención de la prueba ilícita se considera como grave y dolosa, prosperará de pleno la exclusión de esta y la de sus frutos.

- **Naturaleza de la evidencia derivada.** Este criterio establece que, dentro del material probatorio o evidencia, existen elementos que son más susceptibles de ser saneados, *verbi gratia*, es más fácil sanear una evidencia testimonial que una evidencia física, en especial porque el testimonio implica el elemento volitivo de la persona que lo da (Hernández, 2005, p. 25-26). Un ejemplo de este criterio se presenta cuando la confesión del sospechoso es practicada con todas las garantías y por ello existirán mayores probabilidades de que sea admitida que si se hubiera tratado de una prueba material.

9.2 Características de la excepción por vínculo atenuado

Dentro de la excepción por vínculo atenuado es posible identificar las siguientes:

1. Es una excepción. Aún pese a que la Corte Constitucional lo identifica como un mecanismo que permite la aplicación de la cláusula de exclusión, y no como una excepción a la misma, su efecto y finalidad es la de evitar la aplicación de la cláusula de exclusión. Este mecanismo se contempla de manera expresa, clara y taxativa en el Artículo 455 del Código de procedimiento penal.

2. Ser un mecanismo para evitar la exclusión de la prueba ilícita. La finalidad del vínculo atenuado como excepción es precisamente la de ser un criterio facilitador para la no aplicación de la regla de exclusión probatoria.

3. Ser una institución que resuelve problemas de duda sobre la calidad lícita de una prueba. La jurisprudencia constitucional lo identifica como un mecanismo que permite establecer la relación entre la prueba ilícita y los derivados de esta (Monsalve, 2010), ya que permite determinar si la prueba derivada es contaminada por la ilicitud de la prueba de la cual es fruto.

4. Hace parte del derecho fundamental a probar. El derecho fundamental a la prueba judicial consagra la facultad de presentar pruebas y de controvertir con aquellas que se presentan para dar sustento a la persecución penal por la cual ha sido vinculado a un proceso judicial. Este derecho a la prueba, como constitutivo del debido proceso, guarda estrecha relación con la excepción por vínculo atenuado, debido a la finalidad que tiene esta excepción y a la posibilidad de controversia que existe sobre la nominada excepción.

9.3 Aplicaciones del vínculo atenuado

Algunos ejercicios prácticos para el reconocimiento de situaciones en las cuales puede darse una situación de excepción por vínculo atenuado son los siguientes:

1. El caso en el cual el abogado que busca incorporar como prueba los seguimientos o interceptaciones ilícitas que ha realizado, en conversaciones privadas que ha sostenido con un círculo en particular de individuos. En estas conversaciones se establece que uno de los presentes ha cometido un delito. Al momento de solicitar la exclusión probatoria, el juez debe realizar un juicio de ponderación, confrontado el bien social tutelado y el derecho a la intimidad.

2. El caso en el cual un señor, en su actividad de recoger unos frutos de un árbol, lo escala y mientras los recolecta divisa en una casa contigua al árbol escalado, material

privativo de uso de fuerzas militares, consistente en fusiles de asalto. En su actuar de buen ciudadano, alerta a las autoridades, para este caso la policía. La institución, ante el temor de que estos puedan desaparecer y debido a que requieren presentar resultados por la situación de orden público imperante para la época de los hechos, decide irrumpir en el habitáculo donde se le indicó que se encontraban los fusiles. Nuevamente el juez que decide sobre la excusión probatoria decide sobre este al realizar un juicio de ponderación entre el bien común superior, como lo puede llegar a ser el derecho a la paz y a la seguridad, ya que probablemente esos fusiles se emplearán para la comisión de actos violentos y de terrorismo, ante el bien jurídico individual como lo puede ser el de la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad.

3. Interceptación por parte de la policía judicial sin orden fiscal. En el caso *Nardone vs. Estados Unidos* (Guerrero, 2015, p. 273) se evalúa el problema de vincular los frutos derivados de una prueba ilícita, para lo cual se resuelve en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos*, en el cual se evaluó la posibilidad de atenuación a partir del estudio en tres pasos, a saber: en primer lugar se verifica si fue realmente una interceptación ilegal, segundo se analizó que la evidencia de cargo se derivaba de la interceptación ilegal (grado de afectación y qué tanto depende la evidencia derivada de la ilícita). Finalmente, se analizó la relación en origen de la prueba de cargo frente a la interceptación ilícita o, por el contrario, si esta tenía un origen derivado directo.

4. Allanamiento ilegal en casos de violencia intrafamiliar. En algunos procedimientos de la policía, debido a la configuración del delito, la institución debe tomar decisiones de manera inmediata. Dentro de estas decisiones, algunas vulneran los derechos fundamentales del presunto infractor. Ejemplo de esto es cuando un agente de policía decide irrumpir de manera violenta a la residencia del presunto infractor, ya que en su ronda matutina observa por una rendija, que permite ver el interior de la casa, un posible acto sexual violento en una persona que posiblemente es menor de edad. Ante dicha situación, decide irrumpir ya que su acción está destinada a la protección del menor.

En este caso en concreto, el juez se encuentra en posición de realizar un juicio de ponderación ante los derechos del menor, los cuales prevalecen sobre los de un adulto

por orden constitucional, y el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, en el entendido que no se respetaron los protocolos para dicho allanamiento.

En los anteriores casos, el juez debe entrar a considerar el choque que se da entre el interés superior de la sociedad, sobre los derechos fundamentales del procesado, en especial tratándose a los derechos de dignidad humana, igualdad, libertad, la violación de comunicaciones, intimidad, inviolabilidad del domicilio o debido proceso. Sin embargo, este juicio de ponderación puede acarrear ciertas dificultades porque ante esta situación, en caso de que se apegue a la tesis del interés superior social, el Estado puede vestir el velo de la ilicitud y pasar por encima de los principios y valores constitucionales los cuales se le encomendó proteger.

9.4 Efectos

La tesis del vínculo atenuado tiene por finalidad ser medio de evitación a la aplicación de la regla de exclusión, al igual que las excepciones de descubrimiento inevitable y de fuente independiente. Sin embargo, es necesario aclarar por qué su finalidad es ser un medio de evitación de que se dé cumplimiento al inciso final del Artículo 29 superior.

Una de las razones de ser de las excepciones es precisamente el *evitar que se declare la ilicitud de una prueba*. Lo anterior se establece a partir de la caracterización que hace la jurisprudencia constitucional con el pronunciamiento de la sentencia C 591 de 2005, en la cual se consideró que las excepciones a la cláusula de exclusión, antes de considerarse excepciones, son considerados como criterios que permiten establecer la relación causal entre una prueba ilícita y sus derivadas, la cual puede o no tener relación directa e identificable con la denominada prueba ilícita.

Ahora bien, en el caso de vínculo atenuado, lo que se persigue es determinar si el origen causal entre la evidencia derivada y la evidencia obtenida de manera ilícita es claro o si, por el contrario, es difuso y tenue. Una vez se establece que es un difuso tenue y

que no hay una relación causal directa, se *evita que se declare como ilícita la evidencia derivada*.

De allí que se tenga en cuenta el criterio temporal y de causalidad en la derivación de la evidencia; a menor tiempo de derivación entre la evidencia ilícita, por ejemplo una detención ilegal, y su derivada, la confesión, existe una menor posibilidad de incluir esta última como prueba dentro de un proceso penal.

A consecuencia del efecto anterior, se establece que si la prueba derivada ha sido declarada lícita, obviamente esto *impide que se aplique la regla de exclusión*, pues como lo indica el inciso final del Artículo 29 de la Constitución, solo serán excluidas de la actuación penal aquellas que provengan de la ilicitud.

Otro de los efectos identificados a la excepción del vínculo atenuado y que comparte con las demás excepciones, es la de *servir como filtro que depura la ilicitud de la prueba*. Este efecto se puede entender como derivado del anterior, pues al evitarse la aplicación de la cláusula de exclusión, debido a que se consideró que la evidencia derivada tiene un origen lejano o indirecto con la prueba ilícita, esta excepción filtra todo mal procedimiento y otorga un origen intachable a aquello que en principio no lo tuvo.

9.5 Defectos del vínculo atenuado

El principal defecto del vínculo atenuado es precisamente que mantiene la tensión existente entre las garantías constitucionales de los implicados y el veto que hace la comunidad al ente estatal, ante la posibilidad de que se presente una situación de impunidad (Peláez, 2008). Esta situación ha generado que el Estado, el cual se precia de su cabal cumplimiento y respecto a las garantías constitucionales, sea su mayor transgresor, ya que estos derechos son derivados de los principios y valores sobre los cuales se erige el estado colombiano.

Podría ilustrarse este defecto, como la confrontación entre verdad como propósito procesal vs. derechos y garantías constitucionales.

Ante la orientación estatal de dar respuesta judicial eficiente, se está vulnerando el derecho al debido proceso de los sujetos procesales y se expone el sistema judicial penal, al sacrificio de su ser y de su deber ser, en tanto que es ultima ratio observando los preceptos constitucionales, ya que se producirían sentencias de fondo sobre pruebas cuestionables debido a su origen.

Este defecto se podría ilustrar como la pugna entre el eficientismo judicial vs. derechos y garantías constitucionales.

Adicionalmente, se encuentra que la excepción del vínculo atenuado ofrece con mayor posibilidad cometer arbitrariedad en un proceso judicial, ya que se daría el caso de que se obtenga una condena mediante la admisión de pruebas recolectadas de manera ilegítima, soportado por el paso del tiempo, la declaración voluntaria de un testigo, la buena intención del ente fiscal en el ejercicio de la acción penal o simplemente por cuestiones azarosas (Guerrero, 2015, p. 277-278).

Por último, se representaría este defecto como la tensión entre verdad-sanción vs. garantías y derechos constitucionales.

10. Propuesta

Ante el actual panorama del vínculo atenuado, y habiendo establecido que son más lesivos sus defectos que sus ventajas, proponemos que esta figura sea declarada inviable debido a la contradicción intrínseca que conlleva. Lo anterior como consecuencia del sacrificio que implica para el Estado mantener esta excepción dentro de su ordenamiento, pues si bien los defectos son compartidos a las excepciones en su mayoría, es en la excepción de vínculo atenuado que se corre el riesgo de deslegitimar el proceso judicial penal, ya que se genera la sensación de buscar una sentencia condenatoria, pasando por encima el debido proceso del presunto infractor, violando así las garantías constitucionales y procesales de este.

El Estado colombiano no puede seguir sacrificando justicia en sentido sustantivo, solo por satisfacer un ideal pragmático de justicia.

11. Conclusiones

El presente estudio permite concluir que si bien la incorporación de la cláusula de exclusión o de la regla de exclusión fue producto de la necesidad de solucionar el problema de las ilicitudes probatorias, esta máxima constitucional tiene un efecto parcial y relativo debido a la incorporación de los criterios o mecanismos o excepciones que a la postre permiten que se haga una depuración en la prueba derivada de una prueba ilícita.

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

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

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

La regla de exclusión tiene por finalidad proteger los principios constitucionales frente a cualquier irregularidad o vulneración que pueda presentarse en la producción de la prueba dentro de un proceso penal, de allí que se objete radicalmente el rol de las

excepciones, en especial y específicamente la del vínculo atenuado, ya que en nuestro criterio, además de evitar la aplicación de la regla de exclusión, permiten que de la ilicitud de la prueba se genere, derive o produzca una nueva prueba de “aparente” naturaleza lícita, atentando en forma directa contra el debido proceso, constitucional y probatorio, como valor constitucional.

La excepción de vínculo atenuado fácilmente conlleva a que el proceso penal se vicie por la posibilidad de arbitrariedad que conlleva. Dentro de las excepciones es la que más se presta para satisfacer un estándar de eficacia sancionatoria, ya que permite hacer valer como lícitas, pruebas que tienen un origen derivado de la evidencia ilícita, lo cual facilita, como se afirmó anteriormente, que se resuelva de manera condenatoria en contra de la persona sobre la cual se hayan realizado una vulneración a sus garantías procesales.

La excepción del vínculo atenuado no demarca ni diferencia los criterios para establecer la relación causal del origen, frente a la prueba obtenida ilícitamente. Pese a que se reconoce que hace uso de criterios como relación temporal, relación causal, entre la prueba ilícita y la derivada, también hace uso de criterios que responden más a la naturaleza propia de la evidencia derivada, lo cual implica un dejar al azar, sobre la valoración que se dé entre estas evidencias.

Compartimos, en toda su extensión, la postura de un sector de la doctrina que señala que por la vía de la excepción del vínculo atenuado se ha dotado de eficiencia jurídica a una prueba derivada de otra ilícita, por lo que pareciera que la regla de exclusión hubiese abandonado la condición de garantía procesal constitucional para convertirse en un simple remedio judicial que pudiera dejar de aplicarse cuando se considere que la salvaguarda de determinados derechos fundamentales, a criterio del operador judicial, ha de ceder frente a todos derechos procesales.

A su vez, en la sentencia C-591 de 2005 no se define con claridad y contundencia los criterios de aplicabilidad ni de definición para la declaratoria del vínculo atenuado como excepción de la regla de exclusión, por lo que se hace necesario que la jurisprudencia nacional, penal y constitucional se pronuncie sobre este medular asunto, fijando los

límites y alcances de las excepciones a la cláusula de exclusión, pues, pese a este enorme vacío, se glosa como referente jurisprudencial.

Por último, es necesario señalar que por ser el reflejo fiel de la postura de quienes elaboramos el presente artículo, se comparte en todo su contenido y extensión el pronunciamiento de los magistrados que salvaron su voto en la sentencia SU 15--02. cuando señalaron que “No queda duda que la prohibición de dar validez a la prueba obtenida con vulneración del debido proceso, alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente se basan, apoyan o derivan de la ilícita ‘directa o indirectamente’. Solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Nada se logra con prohibir el uso directo de estos medios probatorios si se tolera su aprovechamiento indirecto. Avalar tal conducta constituye una proclamación vacía de las garantías fundamentales, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que indirectamente surtirán efecto”.

Bibliografía

- Cadena L., R. & Herrera C. J. (2008). *Cláusula de exclusión y argumentación jurídica en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Caicedo F. (abril 14 de 2012). La regla de exclusión. *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-regla-exclusion>
- Calle C. (2000). Bases para una fundamentación político constitucional del debido proceso. *Nuevo Foro Penal* (63), 45-68.
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C 591, 9 de junio de 2005; M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia de tutela, T 008 de 1998; M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia de unificación, SU 159 de 6 de marzo de 2002; M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación radicado 32193 de 10 de octubre de 2009; M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Guerrero P. (2015). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hernández B. (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.
- López-Fragoso Á. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Marín V. (2010). *Sistema acusatorio y prueba*. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica.

Miranda E. (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor S. A.

Monsalve C. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 351-379.

Peláez H. (2008). Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 51-72.

Pico I. (1966). *El derecho a la prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor S. A.

Rodríguez C. (2014). *Prueba ilícita penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.