



TRATAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSION EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO

YUDI MILENA ARGUELLEZ HERNANDEZ

JUAN SEBASTIAN FRANCO REYES

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2011

TRATAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSION EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO

YUDI MILENA ARGUELLEZ HERNANDEZ

JUAN SEBASTIAN FRANCO REYES

Monografía para optar por el título de Abogado.

Doctor Sergio Rodríguez Alzate

Director Área de Penal

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2011

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

*Agradezco a tí, mí Díos, por permitirme creer que todo mañana será mejor.
A mí hija María José Amaya Argüellez, por sus hermosos ojos que día tras día han iluminado mí vida.
A Andrés Leonardo Amaya, por todo su amor, comprensión y estar siempre a mí lado.
A mis padres, Emülse y Jorge por su profundo amor, entrega, paciencia y sobre todo por creer siempre en mí.
A mis amigos, por su agradable compañía en mí ambición de lograr éste sueño.*

Yudí Milena Argüellez Hernández

Dedico este escrito a todas las personas que han colaborado en mí proceso formativo de una u otra manera, a las personas que me han tenido paciencia y a las que no tanto pero que al final me han brindado todo su apoyo durante estos años de camino hacia esta meta que ya se acerca. A mí esposa y mis hijos que han sido ese motor imprescindible para lograr esta meta que me he propuesto.

Juan Sebastián Franco Reyes

AGRADECIMIENTOS

Gracias de todo corazón a la Universidad Militar por acogernos en su seno, para forjarnos como mejores personas; hoy las puertas a toda una vida de nuevos retos profesionales se abren.

Gracias a los docentes por su desmedida dedicación en éste proceso y gracias a nuestros amigos que hicieron agradable e inolvidable cada minuto de ésta travesía.

Gracias al Doctor Sergio Rodríguez Alzate, tutor metodológico y temático de éste trabajo, por su apoyo, paciencia y dedicación para con nosotros.

Dios, gracias por hacernos engrandecer esta profesión de ahora en adelante.

Contenido

INTRODUCCIÓN	
1. LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.....	9
1.1 NOCIONES DE PRUEBA.....	9
1.2 ELEMENTOS DE LA PRUEBA	9
1.2.1 El Objeto de la Prueba	9
1.2.2 El Órgano	10
1.2.3 Los Medios de Prueba	11
1.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	14
1.3.1 Principio de presunción de inocencia.....	16
1.3.2 Principio de Legalidad.....	16
1.3.3 Principio de contradicción.....	18
1.3.4 Principio de inmediación	20
1.3.5 Principio de concentración.....	22
1.3.6 Principio In Dubeo Pro Reo.....	23
1.3.7 Principio de Publicidad de la Prueba	23
1.3.8 Principio de Licitud de la Prueba.....	24
1.3.9 Principio de la Dignidad Humana	24
1.4 APRECIACION DE LAS PRUEBAS	25
1.5 CARGA DE LA PRUEBA Y CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.....	27
1.6 ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA	31

1.6.1 Actos de Investigación	31
1.6.2 Actos de Prueba	32
1.7 AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA Y CADENA DE CUSTODIA	34
1.7.1 Autenticidad de la prueba.....	34
1.7.2 Evidencia Física o Elemento Material Probatorio.	38
2. INADMISION, ILEGALIDAD Y RECHAZO DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.....	40
2.1 INADMISION DE LA PRUEBA.....	40
2.1.1 Pertinencia.....	40
2.1.2 Utilidad.....	41
2.1.3 Conducencia	42
2.2 RECHAZO DE LA PRUEBA.....	45
2.3 EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.....	47
2.3.1 DOCTRINA QUE PROPENDE POR LA EXCLUSION DE LA PRUEBA.....	48
2.3.2 DOCTRINA QUE CONSIDERA QUE LA PRUEBA ILICITA ES VALIDA	54
3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSION EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.....	57
3.1 FUNDAMENTO LEGAL DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA	57
3.2 APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	60
3.3 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	69
3.4 FINALIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	
3.5 ETAPAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	72
3.6 TEORÍA GENERAL PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.....	78

3.7 EXCEPCIONES A LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	80
3.7.1 Teoría del Vínculo Atenuado.....	80
3.7.2 Teoría de la Fuente Independiente.....	81
3.7.3 Teoría del Descubrimiento Inevitable.....	82
3.8 EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS POR LAS EXCEPCIONES A LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.	84
4. SENTENCIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSION.....	87
4.1 SENTENCIA SU 159 DE 2002.....	87
4.2 SENTENCIA C 591 DE 2005	91
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	99

INTRODUCCIÓN

El estudio que se realiza, evalúa la tendencia jurisprudencial y fáctica de cómo se aplica en Colombia la regla de exclusión probatoria ya que según la normatividad vigente cuando una prueba vulnera derechos fundamentales debe ser excluida del proceso. La constitución de 1991, consagra que Colombia es un Estado social de derecho, donde se eleva el concepto de dignidad de la persona y se establecen principios y valores que, definen, delimitan, dan contenido y estructura a las garantías procesales.

El derecho penal no se aparta de estas consideraciones, de tal forma que sus actuaciones deben guardar estrecha correspondencia con normas de rango superior y debe propender por el respeto de la dignidad humana y por los principios constitucionales para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados.

Con base en el acto legislativo No 03 de 2002 se dictó la ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento penal”, instaurándose en Colombia un sistema penal con tendencia acusatoria, que debe ser interpretado y aplicado desde los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en la carta política.

Es así como en la ley penal colombiana se consagran principios, garantías y como el respeto por la Dignidad del Hombre, el Derecho a la Defensa, a la Igualdad, a la Presunción de Inocencia, a la Libertad como norma general, el principio de Contradicción, la prohibición de doble incriminación, prohibición de *reformatio in pejus*, de autoincriminación, la legalidad del procedimiento, de la prueba, el juez natural y la exclusión de la prueba ilegal entre otros que, de una u otra manera, se encuentran consagrados, especialmente en el artículo 29 Superior.

Por lo anterior, esta investigación pretende determinar de qué manera el sistema penal acusatorio contempla el respeto por las garantías constitucionales, específicamente en lo que respecta a la prueba como fundamento para endilgar responsabilidad penal. De otro lado, resulta interesante determinar los límites que en el marco de un Estado Social de Derecho le han sido impuestos al poder sancionatorio del Estado.

1. LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En éste primer capítulo se pretende desarrollar el tema de la prueba, analizando aspectos como los elementos que la configuran, los principios que rigen la prueba dentro del sistema pena acusatorio colombiano, la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, así como el camino entre elemento material probatorio y evidencia física, fundamentado en la cadena de custodia.

1.1 NOCIONES DE PRUEBA

El Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales nos presenta la siguiente definición La prueba ha sido definida como “El conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas”¹.

Al respecto Jaime Parra Quijano, señala que “...el tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción del tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso”².

¹CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y Sociales. Argentina: Editorial Heliasta, 2002. p. 817

² PARRA QUIJANO, Jaime. Manuel de Derecho Probatorio. Bogotá: Editorial librería Ediciones del Profesional Ltda, 2009. p. 135

Gilberto Martínez Rave define la prueba en el procedimiento penal como “aquella que crea conocimiento en el juez, más allá de toda duda sobre los hechos y sus circunstancias de tiempo, de lugar y de modo en que sucedieron, sobre la autoría o participación del acusado y sobre su responsabilidad penal”³.

Ahora bien, el Código de Procedimiento penal, en su artículo 372 establece “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”⁴.

1.2 ELEMENTOS DE LA PRUEBA

1.2.1 El Objeto de la Prueba. El objeto de la prueba son los hechos o acontecimientos que pretenden ser probados en el proceso, con el fin de crear convicción en el juzgador.

Son objeto de la prueba las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta.⁵

Señala Gilberto Martínez Rave, en el Proceso Penal el objeto de la prueba se manifiesta en:

- a. Circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el delito.
- b. Personas que intervinieron con autores cómplices o partícipes.

³ MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá Colombia, 2006. Editorial Temis. p. 365.

⁴ Código de Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá. Editorial Leyer.

⁵ PARRA QUIJANO, Op. cit., 121.

- c. Circunstancias individuales, familiares y sociales de cada uno de los acusados.
- d. La responsabilidad penal de todos y cada uno de ellos
- e. Los motivos que determinaron la comisión del delito y las circunstancias que lo atenúan o agravan.
- f. Los daños o perjuicios ocasionados con el delito y su valor.

Estos son *objetos mediatos* hacia los que debe ir encaminados los elementos probatorios, evidencias físicas o informaciones que recoja el fiscal para ser evaluadas por el juez en el juicio oral, *los objetos inmediatos*, son los hechos externos, que suceden fuera de nosotros que pueden ser físicos, como los elementos materiales de prueba o evidencias físicas o informaciones y los *hechos internos*, que suceden dentro de la persona, psíquicos que van determinando todas y cada una de las circunstancias que los han rodeado o influido, como la culpabilidad en su manifestación dolosa, culposa o preterintencional.⁶

1.2.2 El Órgano. Está conformado por aquellas personas que a través de sus actuaciones logran generar conocimiento al juez, como por ejemplo los testigos, los peritos o expertos en determinadas materias.

Martínez Rave, lo define en los siguientes términos:

Los órganos de prueba están conformados por las diferentes personas, que mediante sus actuaciones e intervenciones en el trámite procesal le proporcionan conocimiento al juez. Son los testigos que le informan al funcionario sobre los hechos que conoce y los peritos que, como expertos en

⁶ MARTINEZ RAVE, Op. cit., p. 365.

determinados campos, le informan al funcionario sobre hechos analizados por medio de sus conocimientos especializados.⁷

1.2.3 Los Medios de Prueba. A través de los medios probatorios se pretende demostrar la existencia de los hechos, en tal sentido, los medios probatorios son aportados al proceso por **el órgano** de prueba y se encaminan a generar convicción en el Juez respecto, para que se pronuncie sobre los hechos.

Los medios de prueba, con los que el órgano hace llegar a su conocimiento al juez, siempre han sido reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, como el testimonio, el dictamen pericial, la prueba documental, la inspección, los elementos materiales probatorios, la evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos fundamentales de las personas. Esta lista es enunciativa y no taxativa y, por tanto, permite incluir otros medios cuando no violen los derechos humanos.⁸

El artículo 382 del código de procedimiento penal determina que. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.⁹

⁷ *Ibíd.*, p. 366

⁸ *Ibíd.*, p. 366

⁹ Código de Procedimiento penal. Op. cit , Artículo 382

Aunque expondremos de manera muy general, el tema de los medios probatorios, enfatizamos en que para cada uno de ellos la legislación procesal penal, ha dispuesto un procedimiento, que debe cumplirse para que las pruebas sean valoradas; aunado al hecho de que su práctica o aducción deben acatar el ordenamiento jurídico encabezado por la constitución política y el bloque de constitucionalidad, lo anterior con el fin de evitar que las pruebas sean inadmitidas, rechazadas o excluidas del proceso penal.

- Prueba Testimonial. El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento de que tiene de hechos en general.¹⁰
- Prueba Pericial. La prueba pericial es aquella que se practica cuando se requieren científicos, técnicos, artísticos o especializados para determinar un hecho, o auxiliar al juez a entender la evidencia presentada. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.¹¹

Parra Quijano ha señalado que: “En relación con los peritos se puede decir que hay dos fuentes de donde provienen: 1) los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y entidades públicas, y 2) Particulares especializados en la materia que se trate”¹².

¹⁰ PARRA QUIJANO, Op.cit, p. 268

¹¹ Artículo 405 CPP. “La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.”

¹² PARRA QUIJANO. Op. cit., p. 753.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo en un módulo para defensores públicos ha establecido que la prueba pericial es admisible dentro del sistema penal colombiano en los siguientes eventos:

1. La prueba pericial debe ser relevante y conducente a los hechos que se quieran acreditar o interpretar (407).
2. El testimonio pericial debe servir de ayuda al juez en razón del conocimiento técnico, científico, artístico o especializado que se requiere (405).
3. El perito debe estar cualificado por sus antecedentes que acreditan su conocimiento teórico o práctico en la ciencia, técnica o arte del que es experto, o por el uso de instrumentos o medios sobre los cuales conoce y tiene habilidades (408, 409 y :417 # 1,2 y 3).
4. El peritaje debe tener una base de opinión sustentada. Esta opinión puede estar vertida en un informe resumido (415) o rendida directamente en el debate oral (416).¹³

- Prueba Documental. La evidencia documental está constituida por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas de información, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar o análogo a estos .El Código de Procedimiento Penal señala:

1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.
2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.

¹³ DEFENSORIA DEL PUEBLO. la prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Pág. 41

4. Grabaciones fonópticas o vídeos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos.
8. El télex, telefax y similares.
9. Fotografías.
10. Radiografías.
11. Ecografías.
12. Tomografías.
13. Electroencefalogramas.
14. Electrocardiogramas.
15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.¹⁴

- Prueba de Inspección. Frente al particular Gilberto Martínez Rave ha precisado que: “La inspección es el examen o reconocimiento que hace el funcionario de policía judicial en primer caso, el juez de conocimiento, en el segundo, para examinar personas lugares rastros o hechos que sean materia de investigación. En ella se observa personalmente el lugar, los objetos las circunstancias que tengan relación con el delito”¹⁵.

1.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Dijo desde antaño la Corte Constitucional:

¹⁴ Código de procedimiento Penal, Op. cit. Artículo 424

¹⁵ MARTINEZ RAVE, Op. cit., p. 375

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas¹⁶

Conforme a lo señalado por la honorable Corte Constitucional, los principios de la prueba se constituyen con el fundamento del debate adversarial en el nuevo procedimiento penal colombiano. Conforme a lo establecido constitucionalmente donde como lo expresa José Fernando Ramírez Gómez¹⁷, el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución de 1991, ha asumido una postura judicial más comprometida con la persona humana y la justicia como valor y fin, propio de la tipología constitucional de los Derechos Fundamentales, a partir del reconocimiento de la persona y su dignidad, como epicentro del sistema de derecho.

Los principios que presentaremos determinan las facultades y los derechos de todos los intervinientes en el proceso penal.

¹⁶ Sentencia C-038/95 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ RAMIREZ GOMEZ, José Fernando. Principios Constitucionales del Derecho Procesal. librería Señal Editora, Bogotá, 2004.

1.3.1 Principio de presunción de inocencia. Es un derecho fundamental, que pretende que toda persona ha de considerarse inocente y debe ser tratada como tal hasta tanto no se demuestre lo contrario.¹⁸

Así, el indiciado, imputado o acusado no puede ser tratado como culpable hasta que no exista una decisión que lo confirme. En tal medida la presunción de inocencia se constituye como un derecho para que el procesado no sea condenado, cuando no se cuente con la debida fundamentación probatoria para tal efecto, y cuando su garantías fundamentales no sean respetadas.

1.3.2 Principio de Legalidad. La actividad probatoria genera el sometimiento al ordenamiento jurídico. Partiendo desde la Constitución Política¹⁹, y el denominado

¹⁸ Sobre el particular el artículo 29 de la constitución política señala: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

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

Por su parte el artículo 7 del CPP, señala: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

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

¹⁹ El artículo 4 de la Constitución política señala: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

bloque de constitucionalidad²⁰, así como las demás disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el derecho procesal.

La Defensoría del Pueblo ha establecido que el sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso para el defendido con sus garantías de:

- Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial.
- Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.
- Obtener el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba.
- Solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no requieren ser probados.

El principio de legalidad determina además la interpretación normativa, otorgando prevalencia a los principios rectores y garantías procesales (Titulo Preliminar) sobre el resto del ordenamiento normativo (Art. 25 CPP), y limitando el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas. Así por ejemplo *la prueba de referencia*, es una excepción a los principios de concentración e intermediación probatoria en el juicio oral, y el propio código la consagra como de admisión excepcional (Arts., 379 y 438 CPP). Lo mismo se puede afirmar de la *prueba anticipada* al juicio oral,

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

²⁰ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

solamente practicable en casos de extrema necesidad y urgencia, o para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio (Art 274).²¹

Al respecto ha referido la Corte Constitucional:

(...) de conformidad con el **principio de legalidad**, cualquier prueba debe ser decretada y practicada por una autoridad competente. En tal sentido, el artículo 284.1 de la Ley 906 de 2004 dispone que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar cualquier medio de prueba pertinente, a condición de que “*sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.*”²²

1.3.3 Principio de contradicción. El principio de contradicción ampara el derecho de conocer todos los actos de investigación y de prueba, así como el derecho de controvertirlos.

En tal sentido, las partes tienen derecho a controvertir, los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en juicio, o aquellos practicados por fuera de la audiencia pública.²³ Así mismo podrán conocer y controvertir las pruebas, que sean producidas e incorporadas en el juicio oral y

²¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Óp. cit., p. 11

²² Sentencia C 591 de 2005. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ El artículo 378 del código de procedimiento penal menciona: “Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública”.

en el incidente de reparación integral, como aquellas que sean practicadas de forma anticipada.²⁴

La sentencia C 591 de 2005, estableció que: "... para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer..."²⁵.

Resulta entonces pertinente precisar la importancia de la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en el cual se debe cumplir lo relacionado con el descubrimiento de la prueba, donde tanto la fiscalía como la defensa deben efectuar el descubrimiento probatorio cumpliendo con todas las exigencias que al respecto impone la ley.

Tan importante es ésta etapa procesal que la ley 906 de 2004, fija la obligación al juez de rechazar todos aquellos elementos materiales de prueba y evidencia física respecto de los cuales no se cumpla de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio.

Pese a lo expuesto, es factible que se admitan elementos materiales probatorios, a pesar de no haber sido descubiertos de manera oportuna pero que surgen en el

²⁴ El artículo 15 del código de procedimiento penal señala. "las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada".

²⁵ C 591 de 2005. Op.cit., p.

desarrollo del juicio oral, en el evento en que el no descubrimiento no obedezca a causas imputables a la parte interesada.²⁶

Ahora bien, no implica lo anterior que el principio de legalidad se materialice únicamente en la audiencia de formulación de acusación, éste derecho se manifiesta en las diferentes etapas que se surten dentro de un proceso, desde las audiencias preliminares donde se pretenda limitar garantías fundamentales como en la solicitud de medida de aseguramiento o el control de legalidad de la captura, hasta llegar al juicio oral.

1.3.4 Principio de inmediación. Con el nuevo sistema la prueba es producida únicamente en el juicio oral²⁷. Antes de esta etapa procesal se habla de actos de investigación que deben ser presentados y controvertidos públicamente en audiencia para que adquieran la categoría de prueba.

En virtud del principio de inmediación y en el marco del sistema penal acusatorio únicamente es estimada como prueba aquella producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio oral, ante el juez de

²⁶ PARRA QUIJANO, Op.cit., p.

²⁷ En Sentencia C-1194/05, M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional ha señalado que “En este punto vale la pena hacer la siguiente precisión terminológica: el material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que son decretadas por el juez de conocimiento. En el sistema penal modificado por el Acto Legislativo de 2002, la Fiscalía, en su investigación, ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer ante el juez de la causa, lo que implicaba que la resolución de acusación que la misma presentaba ante el funcionario jurisdiccional era recibida por éste junto con el acervo probatorio oportunamente recaudado por el fiscal, acervo que constituía el fundamento probatorio de la sentencia.”

conocimiento. Este principio se encuentra consagrado en los artículos 16²⁸ y 379²⁹ del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, resulta importante aclarar que la normatividad en materia procesal penal, ha establecido que la prueba anticipada y la prueba de referencia son dos excepciones al principio de inmediatez.³⁰

Al respecto precisa el artículo 374³¹ de la Ley 906 de 2004 al señalar que “Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357³², y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

²⁸ Artículo 16 de Código de Procedimiento Penal. “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías”.

²⁹ Artículo 379 del código de Procedimiento Penal. “El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.”

³⁰ Artículo 284 del Código de Procedimiento Penal.” Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.
2. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

ARTÍCULO 437. NOCIÓN. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

³¹ Artículo 374 del Código de Procedimiento Penal. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

³² Artículo 357 del Código de Procedimiento Penal. Artículo CONDICIONALMENTE exequible> “Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código. Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Resulta oportuno precisar que la Corte Constitucional en sentencia C 144 de 2010, señaló:

iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria (...).³³

1.3.5 Principio de concentración. La necesidad de que la prueba se forme ante el juez, y el mismo juez, obliga a que la actuación se concentre en una sola etapa. En ella debe recaer toda la actividad procesal destinada a producir decisiones jurisdiccionales.³⁴

La ley procesal determina que en la actuación penal la práctica de pruebas y el debate argumentativo se realicen de manera continua y preferentemente en un mismo día, si no fuere posible se realizaran de días continuos. Sólo cuando circunstancias sobrevinientes de manifiesta gravedad impidan la continuidad de

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”

³³ Sentencia C 397 de 2007.M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Op.cit., p. 13

las audiencias, y no exista alternativa alguna para su realización podrá el juez suspenderlas hasta que cese la gravedad.³⁵

1.3.6 Principio In Dubio Pro Reo. Se basa en el sentido de que en caso de duda hay que fallar en favor del acusado, en tal sentido la prueba juega un papel fundamental en el proceso, si se tiene en cuenta que su objeto debe llevar al juez más allá de toda duda razonable.³⁶

1.3.7 Principio de Publicidad de la Prueba. Consiste en la practica de la prueba dentro del juicio oral y publico en presencia de las partes intervinientes, cumplido este presupuesto se entiende surtida la publicidad de la prueba.

Señala Parra Quijano que “Dicho principio se encuentra desarrollado en los artículos 149 a 152 del C.P.P. La publicidad es un principio de carácter político que se encuentra constitucionalizado para la administración de justicia en el artículo 228 de la C.P y en el caso de proceso penal en el numeral 4° del artículo

³⁵ Artículo 454 del Código de Procedimiento Penal. “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”.

³⁶ Este principio se encuentra consagrado en el artículo 7 del código de procedimiento penal. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”

250 de la C.P.³⁷". Así mismo este principio se encuentra consagrado en el artículo 18³⁸ del C.P.P.

Por otro lado, al tenor de lo dispuesto en el artículo en el artículo 373³⁹ del código Procedimiento Penal consagra el principio de publicidad al establecer que toda prueba se practicará en juicio oral y en presencia de las partes.

1.3.8 Principio de Licitud de la Prueba. Jairo parra Quijano⁴⁰ señala que la prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o para lograr el medio probatorio.

Implica lo anterior que las pruebas que sean presentadas en juicio oral deben acatar garantías de orden superior con fundamento en el Estado Social de Derecho y en la dignidad humana.

³⁷ PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 720

³⁸ Artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. "La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación."

³⁹ Artículo 373. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

⁴⁰ QUIJANO PARRA, Op.cit.,p.20

1.3.9 Principio de la Dignidad Humana. El artículo primero del código de Procedimiento Penal, señala que “los intervinientes en el proceso penal serán tratados con respeto debido a la dignidad humana”.⁴¹

Principio que consideramos fundamental para el desarrollo del trabajo, este principio es el reflejo del Estado Social de Derecho que pregona la Constitución Política de Colombia, en tal sentido se evidencia que el respeto por el hombre y por los derechos humanos se ubican en una posición privilegiada frente a otros derechos; y el derecho penal no es ajeno a esta tendencia.

1.4 APRECIACION DE LAS PRUEBAS

Conforme a la normatividad vigente, los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto.⁴²

En el sistema Penal Acusatorio impera la libertad probatoria a través de los medios probatorios legales o por cualquier otro medio técnico o científico y sólo se limitan por el respeto a derechos fundamentales, constitucionales o legales.⁴³

⁴¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Op.cit, artículo 1°

⁴² El artículo 380 del Código de Procedimiento Penal señala que. “Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.”

⁴³ El artículo 373 del Código de Procedimiento Penal señala que. “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos. “

El artículo 373 del código de procedimiento penal establece: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”⁴⁴.

Respecto de la libertad probatoria imperante en nuestro sistema penal, esto dijo la Corte Constitucional:

Por una parte, en el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley. Específicamente, la condición de servidor público que se debe acreditar en los delitos de sujeto activo calificado, como es el caso del tipo penal de cohecho impropio, no exige por expresa consagración legal un determinado medio probatorio, lo que conlleva a que el juez pueda formar su opinión recurriendo a diversos elementos de juicio.”⁴⁵

⁴⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Op.cit., artículo 373.

⁴⁵ Sentencia T 594 de 2009.M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

1.5 CARGA DE LA PRUEBA Y CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA

En un Estado Social De Derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en un proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación, quien debe no sólo obtener lícitamente las pruebas si no presentarlas debidamente, con el objeto de convencer al juez más allá de duda razonable sobre la realización de un hecho punible.

Como se señaló en párrafos anteriores, la Constitución política y la ley amparan la presunción de inocencia, principio que se constituye en la base de la carga de la prueba. En ese orden de ideas, resulta fundamental que para determinar la procedencia de la sanción penal la Fiscalía debe cumplir a cabalidad las funciones que constitucional y legalmente le han sido conferidas.

Frente al particular señaló la Corte Suprema de Justicia:

En un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

...En este sentido el procesado no debe acreditar su inocencia, es el ente acusador quien debe probar la responsabilidad penal. “Ello significa, a la luz

del principio del in dubio pro reo, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor.

...Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.⁴⁶

En tal sentido, no podría afirmarse que toda la actividad probatoria deba ser adelantada por la Fiscalía, existen limitaciones a esa carga probatoria, exigiendo del procesado o su defensor, adelantar su propia tarea demostrativa e investigativa para desvirtuarlas las pretensiones del ente acusador. Lo anterior en concordancia con el principio de Carga Dinámica de la Prueba.⁴⁷

El concepto de carga dinámica de la prueba, opera de manera limitada en el proceso penal, con fundamento en la obligación estatal de desvirtuar la presunción de inocencia como garantía constitucional a favor del procesado.

⁴⁶ Sentencia 13 de mayo de 2009, radicado 31147, M. P. Sigifredo Ospina Pérez

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expuso en la sentencia con número de radicado 31.103 del 27 de marzo de 2009

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expuso en la sentencia con número de radicado 31.103 del 27 de marzo de 2009⁴⁸ que, el sistema penal acusatorio que rige, trata de un sistema de partes o adversarial donde la fiscalía debe construir una teoría del caso y allegar elementos de juicio que soporten sus acusaciones, bajo el principio de libertad probatoria. Sin embargo, si en el camino investigativo encuentra un elemento probatorio que sirva para la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita a hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos o dejarlos conocer por la contraparte, en la etapa procesal pertinente, sin que signifique ello que está obligado a presentarlo en la etapa de juicio oral como prueba, cuando la defensa no lo solicite.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de mayo de 2009, radicado 30711. Precisó:

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

⁴⁸ Ibid.

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber

de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”⁴⁹

Ahora bien, resalta la Corte Constitucional en sentencia C 591 de 2005⁵⁰ que el nuevo sistema penal acusatorio, el investigado imputado procesado ya no es un sujeto pasivo, por el contrario debe aportar elementos de juicio que le permitan confrontar los alegatos del acusador.

1.6 ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y ACTOS DE PRUEBA

Teniendo en cuenta que el nuevo esquema procesal penal, es un proceso conformado por las etapas de indagación, investigación y juicio⁵¹, toda actividad que se antepone al juicio oral no se constituye propiamente como actividad probatoria, por lo que resulta pertinente distinguir entre Actos de Investigación y Actos de prueba.

1.6.1 Actos de Investigación. Los actos de investigación son todos aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías; que tienen por objeto obtener y recoger las evidencias físicas y los

⁴⁹ Sentencia del 27 de mayo del 2009, radicado 30.711 M.P José Leónidas Busto Martínez.

⁵⁰ Sentencia C 591 de 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

⁵¹ La Sentencia C 591 al respecto ha precisado que “De igual manera, se trata de un proceso conformado por las **etapas** de indagación, investigación y juicio; basado en el principio de oralidad, adelantado mediante la sucesión de diversas audiencias públicas; contradictorio...”

elementos de prueba. Estos sólo pueden desarrollarse durante la etapa de investigación.

Precisa Luis Fernando Bedoya⁵² que los actos de investigación, deben guardar estrecha correspondencia con normas de rango superior y constitucional, sin embargo, el ordenamiento jurídico regula aquellos actos de investigación que a pesar de involucrar la afectación de derechos y garantías fundamentales resultan ser necesarios para el esclarecimiento de hechos punibles, como el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación de comunicaciones telefónicas, las inspecciones corporales, entre otros, tema que será tratado con más profundidad en capítulo posterior.

1.6.2 Actos de Prueba. Los actos de prueba son todos aquellos realizados por las partes ante el juez de conocimiento en el juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba y los actos de investigación al proceso tendientes a verificar sus proposiciones de hecho. Cuando se trata del acto de prueba de la Fiscalía, la finalidad es persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre uno o más de los extremos de la imputación delictiva⁵³.

Los actos de prueba solo pueden realizarse en la etapa de juicio oral, esto es así porque dentro de ella se ofrecen las garantías de publicidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración. Sin embargo, la ley procesal penal

⁵² BEDOYA, Luis Fernando, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación , 2008.p.45

⁵³ SALAS, Christian. La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal. 14 de Noviembre del 2005. Disponible en www.enj.org

acepta que se produzca prueba en forma anticipada durante la etapa de investigación o durante la etapa intermedia, pero rodeando el acto de las mismas garantías, cuando un testigo o perito se encontrare en la imposibilidad de concurrir a declarar al juicio oral.⁵⁴

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia C 396 de 2007, en los siguientes términos:

i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.⁵⁵

Así mismo en la sentencia C 144 de 2010, la Corte precisó:

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Sentencia C 396 de 2007.M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de la verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado.⁵⁶

1.7 AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA Y CADENA DE CUSTODIA

1.7.1 Autenticidad de la prueba. El artículo 277 del código de procedimiento Penal, estipula que la prueba debe ser auténtica, que cuando ingrese al juicio oral, sea realmente aquella que se recogió en la inspección.⁵⁷ Por eso se

⁵⁶ Sentencia C 144 de 2010.M.P Dr. Juan Carlos Henao Pérez

⁵⁷ El artículo 277 de CPP consagra: “Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

considera autentico dentro del proceso penal aquellas pruebas que hayan sido detectadas, fijadas, recogidas y embaladas técnicamente y hayan cumplido con el proceso de cadena de custodia, desde el momento mismo de su recolección, hasta llegar al juicio oral.

Continuando con el artículo 278 del código de Procedimiento de Penal donde se estipula que se consideraran auténticas los informes o dictámenes técnico científicos hechos por expertos en ciencia, técnica o arte, siempre que se informe o se indiquen los procedimientos utilizados.⁵⁸

Es importante precisar que el requerimiento de autenticidad es un requisito de admisibilidad de la evidencia, lo cual no obsta para que la contraparte pueda controvertir su validez, toda vez que el hecho de ser admitida no determina el valor probatorio que el juez le otorgara para fundamentar su decisión.

El requerimiento de autenticidad, resulta ser entonces trascendental para que los elementos materiales de prueba y evidencias físicas lleguen al juicio oral como pruebas, hecho que se logra con el debido manejo de la cadena de custodia.

En Sentencia 4 de marzo de 2009, radicado 28.628, se precisó:

En el derecho comparado se le define como "... un medio de autenticación de evidencia demostrativa que no es susceptible de ser identificada por su apariencia externa ni susceptible de ser marcada. Se trata de establecer la 'mismidad' requerida, esto es que la evidencia ofrecida es la misma que el

La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente."

⁵⁸ El artículo 278, señala. "La identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.

proponente sostiene que es, acreditando su custodia o paradero desde su vínculo con los hechos en controversia (por ejemplo, la ocupación de la droga de un acusado por parte de un agente) hasta su presentación en evidencia. La cadena está compuesta por los eslabones en la custodia, y cada eslabón debe incluir el momento de custodia, de quién se recibió la evidencia y a quién se le pasó, y las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que se intervenga con ella o se altere.”⁵⁹

El código de procedimiento penal en el artículo 254⁶⁰ establece que con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta la identidad, el estado original, las condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío, los lugares y las fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado.

La responsabilidad del buen manejo de la cadena de custodia se fija en los servidores públicos que entren en contacto con los elementos probatorios y en los particulares que por razón de sus funciones lo deban hacer.⁶¹

Frente al tema de identidad, es importante precisar que una vez la policía judicial llega al lugar de los hechos debe realizar el proceso de cadena de custodia, dentro de los que se debe rotular, este elemento se constituye el registro inicial que da

⁵⁹ Sentencia 4 de marzo de 2009, radicado 28.628 M.P José Leónidas Bustos Martínez. Cita a CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio T. II pág. 926.

⁶⁰ Artículo 254 del Código de Procedimiento Penal. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

PARÁGRAFO. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

⁶¹ MARTINEZ RAVE, Op.cit.,p. 383

cuenta del nacimiento de la evidencia dentro del proceso, y sirve para constatar que el elemento material probatorio o evidencia es la misma desde su recolección hasta la etapa de juicio.

La integridad consiste en la conservación en el mismo estado en el que fue hallada o si sufrió modificaciones debido a pruebas invasivas, debe existir su respectivo registro. La preservación por su lado consiste en que la prueba debe estar ahí, en el tiempo, para ser evaluada o procesada en cualquier momento.

Las autoridades competentes, deben velar por la seguridad de los elementos por hacer parte de un proceso legal y evitar su pérdida o adulteración. Su almacenamiento ha de ser también cuidadoso para garantizar su preservación y su fácil ubicación en cualquier momento.⁶²

Frente al particular la Corte Suprema de Justicia ha referido:

El proceso penal adversarial no contempla concesiones previas a favor de ninguna de las partes y, por ende, es factible cuestionar o poner en duda si en realidad los documentos y objetos que aduce una parte son lo que esa parte dicen que son. Verbi gratia, que un documento privado fue el que confeccionó el implicado en una estafa.

Como las actuaciones procesales deben discurrir dentro de los límites de la racionalidad práctica, la normatividad procesal penal prevé mecanismos para la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y materiales probatorios, cuando a ello hubiere lugar.

⁶² SIGMA EDITORES, 2010, Enciclopedia Criminalística, Criminología e Investigación, p. 1266

La recolección técnica, el debido embalaje, la identificación, la rotulación inequívoca, la cadena de custodia, la acreditación por medio de testigos y el reconocimiento o autenticación, son algunas de las formas previstas por el legislador, tendientes a garantizar que las evidencias y elementos probatorios sean lo que la parte que los aduce dice que son.⁶³

1.7.2 Evidencia Física o Elemento Material Probatorio. Toda evidencia física o hallazgo por insignificante que parezca, son fundamentales en el desarrollo del proceso penal, de ahí la importancia del adecuado manejo que se le debe dar para evitar su contaminación o su destrucción.

Cuando la cadena de custodia falla, las evidencias no pueden usarse como medio probatorio durante el juicio.⁶⁴

Elemento material probatorio o evidencia física, puede ser cualquier objeto que pueda estar relacionado con la comisión de una conducta punible y que puede servir para determinar las circunstancias reales de tiempo, modo y lugar en las que el hecho se realizó.⁶⁵

En este orden de ideas, se determina la diferenciación terminológica que en materia procedimental la legislación colombiana, en el marco del sistema penal acusatorio le ha dado a la evidencia física al elemento material probatorio y a la prueba, determinando que sólo se llega a hablar de prueba cuando se cumplen los

⁶³ Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicado 25920.

⁶⁴ SIGMA EDITORES, 2010, Enciclopedia Criminalística, Criminología e Investigación, p. 1290

⁶⁵ FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Manual de procedimientos de fiscalía en el Sistema penal acusatorio colombiano. 2005. p.13

principios de inmediación, concentración, publicidad (salvo las excepciones previstas para cada caso) dentro del juicio oral.⁶⁶

La diferenciación no implica que se reste importancia de manera alguna a la evidencia física o al elemento material probatorio, por el contrario de su adecuado manejo y preservación depende que se constituyan en prueba dentro del momento procesal destinado para el debate probatorio, momento que no es otro que el juicio oral.

⁶⁶ En Sentencia C-1194/05, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, ha señalado que “En este punto vale la pena hacer la siguiente precisión terminológica: el material de convicción, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que son decretadas por el juez de conocimiento. En el sistema penal modificado por el Acto Legislativo de 2002, la Fiscalía, en su investigación, ejercía la función principal de recaudar y practicar las pruebas que haría valer ante el juez de la causa, lo que implicaba que la resolución de acusación que la misma presentaba ante el funcionario jurisdiccional era recibida por éste junto con el acervo probatorio oportunamente recaudado por el fiscal, acervo que constituía el fundamento probatorio de la sentencia.”

2. INADMISION, ILEGALIDAD Y RECHAZO DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

2.1 INADMISION DE LA PRUEBA.

Al hablar de inadmisión de la prueba dentro del sistema penal acusatorio, es preciso referirnos a la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba en los siguientes términos:

2.1.1 Pertinencia. Hace referencia a que la prueba debe estar relacionada con las proposiciones o hechos que se buscan demostrar dentro del proceso. En otras palabras, es la relación efectiva entre aquello que se pretende demostrar y el tema del proceso.”⁶⁷

Jairo Parra Quijano ha precisado que la pertinencia es “la adecuación de los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretende demostrar y el tema del proceso”⁶⁸. El artículo 375⁶⁹ del código de procedimiento penal ha señalado que el elemento material probatorio, la evidencia

⁶⁷ El artículo 375 de Código de Procedimiento Penal, establece: “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

⁶⁸ PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 145

⁶⁹ Artículo 375. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta y de sus consecuencias ,refiere también que es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos mencionados.

2.1.2 Utilidad. Hace referencia a que la prueba que ha de ser incluida en el proceso sea idónea, de tal forma que con ella se demuestre un hecho y así se genere convicción en el Juez.

Los casos de inutilidad según Jairo Parra Quijano son:

- a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es de las llamadas *jure et de jure*, las que no admiten prueba en contrario.
- b) Cuando se trata de demostrar el hecho presumido, sea por presunción *jure et de cure* o *joris tantum* cuando no está discutiendo aquel.
- c) Cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. Por ejemplo, el hecho es susceptible; de confesión, está confesado y se piden otras pruebas para demostrarlo.
- d) Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de

demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada⁷⁰.

2.1.3 Conducencia. Hace relación a la idoneidad legal de la prueba para demostrar determinado hecho.⁷¹ Quiere decir que su empleo no sea contrario al orden jurídico vigente y que además sea el medio más idóneo para demostrar el hecho.

Jairo Parra Quijano señala que la conducencia “supone que no existe una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho está demostrado en la ley”⁷².

Frente al tema de Conducencia, Pertinencia y utilidad de la prueba Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, en el Proceso No 30887 advierte que: “se considera que una prueba es conducente cuando su práctica es permitida por la ley; es pertinente si guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es racional cuando es realizable dentro de los

⁷⁰ PARRA QUIJANO, Op.cit.,p.148

⁷¹ Ibid.,p.145

⁷² Ibid.,p.145

parámetros de la razón y finalmente, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.”⁷³

De acuerdo a lo expuesto, frente al tema de la admisibilidad probatoria, el código de procedimiento penal, precisa que toda prueba es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido. Esta causal pretende que las pruebas presentadas no generen emociones que hagan perder la objetividad al juez.
- Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio.
- Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.⁷⁴, refiere Parra Quijano que como ejemplo se puede citar el caso de “una inspección judicial, para exhibir y autenticar elementos materiales probatorios y evidencia física y ello se puede hacer en la audiencia, el juez debe negar la prueba, porque por otro procedimiento se puede hacer.”⁷⁵

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Numero 30877.

⁷⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 376.

⁷⁵ PARRA QUIJANO, Op.cit. p. 724

Jairo Parra Quijano⁷⁶, señala que el artículo 376 puede estar en contravía con el artículo 29 de la constitución política, que otorga el rango de derecho constitucional a la prueba, toda vez que las pruebas siempre que no sean repetitivas, o que exista imposibilidad de practicarlas, deben ser decretadas por el juez.

Del mismo modo el artículo 359⁷⁷ del código de procedimiento penal, establece que un juez podrá inadmitir la prueba cuando los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Así mismo es necesario precisar que conforme al mismo artículo, Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

⁷⁶ *Ibíd.* .p. 722

⁷⁷ El artículo 359 del código de procedimiento penal establece : “Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.”

2.2 RECHAZO DE LA PRUEBA.

La causal de rechazo de una prueba en el sistema penal acusatorio se deriva específicamente de la violación de los requisitos normativos.

El Artículo 346 del código de procedimiento penal, sobre el referente de rechazo específicamente, en cuanto al descubrimiento de evidencia física, estipula las sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que deban descubrirse y no sean descubiertos conforme a las reglas del C.P.P, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos. La regla general igualmente tiene una excepción y es que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.⁷⁸

Del mismo modo, resulta necesario hacer una distinción entre los que es prueba ilícita, prueba ilegal y prueba irregular. Frente al particular Parra Quijano⁷⁹, ha precisado que la prueba ilícita hace alusión a la violación de derechos

⁷⁸ El artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, "Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada."

⁷⁹ PARRA QUIJANO, Op.cit., p, 23.

constitucionales, frente a la prueba ilegal precisa que es aquella que viola una norma legal, y la prueba irregular se entiende desde el punto de vista procesal.

El citado autor también precisa que las normas que se refieren a las pruebas pueden ser de dos clases de naturaleza procesal, y otras que implican vulneración de derechos fundamentales y normas legales; las primeras pueden ser subsanables, como en el caso de la recepción de un testimonio sin la citación de la contraparte, en el caso segundo no hay lugar a subsanación y afirma Parra Quijano la prueba no puede ser apreciada bajo ningún aspecto.

Se puede inferir de la diferenciación que hace el autor, que cuando habla de prueba irregular hace alusión a aquellas que vulneran normatividad de carácter normativo, situación que consideramos se ajusta para la aplicación del rechazo probatorio.

Sin embargo, la Corte Constitucional⁸⁰ ha utilizado una terminología diferente, haciendo la distinción entre prueba ilícita y prueba inconstitucional, como lo veremos más adelante, terminología a la que nos acogemos en el desarrollo de éste trabajo, por lo que consideramos que cuando hablamos de rechazo probatorio nos referimos a la ilegalidad de la prueba, entendida como vulneración normativa, al no cumplir con los mandatos normativos que rigen los medios de conocimiento y la prueba en general.

⁸⁰ Sentencia Su 159 de 2002. M.P Manuel José Cepeda Espinosa

2.3 EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

Para hablar de Exclusión probatorio, necesariamente tenemos que referirnos a la vulneración de garantías constitucionales y a la obtención probatoria ilícita.

Sobre la Excusión Probatoria se refirió la Corte Constitucional en sentencia C 591 de 2005 en los siguientes términos:

El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.⁸¹

⁸¹ Sentencia C 591 de 2005.M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Como se expresó en párrafos anteriores, para el desarrollo de este trabajo, aplicaremos la distinción efectuada por la Corte Constitucional, determinando que las dos fuentes de la exclusión probatoria son la prueba inconstitucional y la prueba ilícita, entendida la primera como la prueba ha sido obtenida a través de la vulneración de garantías y derechos fundamentales, y la segunda, referida a la violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba.

Ahora bien, resulta interesante determinar que se debe hacer con las pruebas obtenidas bajo las circunstancias precisadas, para lo cual nos referiremos a lo expuesto por la doctrina que ha formulado dos posiciones sobre el particular.

2.3.1 DOCTRINA QUE PROPENDE POR LA EXCLUSION DE LA PRUEBA

El primero de ellos, se refiere a que la prueba obtenida bajo estas circunstancias debe ser excluida; al respecto Parra Quijano, cita a Winfried Hassemer, quien señala: “no existe ningún tipo de igualdad de armas, entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentren alcance de los criminales. El Estado, necesita también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera practico-simbólica. El Estado no puede utilizar métodos criminales ya que

perdería esa prevalencia y con ello, a algo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal.⁸²

Bajo esta corriente doctrinaria⁸³ aunque con diferencias en cuanto a la forma de decidir sobre la exclusión se pueden distinguir tres sistemas de regulación.

Países de tradición anglosajona. Jairo Parra Quijano⁸⁴, ha establecido que en estos países, las pruebas ilegítimas no se incluyen dentro del acervo probatorio y han sido diseñados procedimientos específicos para excluirlas. Pese a existir esta regla de carácter general dentro de los países con esta tendencia existen diferencias que pasaremos a reseñar.

En Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia como máxima autoridad judicial sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada de manera rigurosa, en tal sentido, la aplicación de la regla de exclusión no es discrecional del juez, motivo por el cual, los jueces deben respetar las reglas y las excepciones en materia de exclusión de evidencias ilícitas establecidas.

Por otro lado, la Sentencia C 591 de 2005, ha referido que:

...en el caso de Estados Unidos las reglas y sus excepciones son construidas por la Corte Suprema de Justicia a partir de métodos de interpretación que

⁸² PARRA QUIJANO, Op.cit.,p. 25

⁸³ Ibid., p.25

⁸⁴ Ibid., p. 27

comprenden formas de ponderación, como el balanceo o el análisis costo-beneficio, una vez que la regla y la excepción han sido establecidas, deben ser aplicadas rigurosamente sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto así éste pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real. A grandes rasgos el conjunto básico de reglas y excepciones es el siguiente. La regla general es que las pruebas inconstitucionalmente obtenidas no pueden ser usadas contra el sindicado sino que deben ser excluidas del juicio. Dicha regla fue impuesta a los fiscales federales en 1914. En 1961 la regla general fue extendida a los estados federados y así a todos los procesos, tanto federales como estatales. Sin embargo, a partir de los años setentas la Corte Suprema fue reduciendo los alcances de la regla mediante la creación explícita de excepciones derivadas de precedentes anteriores. En 1974, concluyó que la regla no impide que el fiscal le formule preguntas a un testigo ante un gran jurado sobre información obtenida ilícitamente. En 1976, impidió que mediante un recurso de habeas corpus se invocara la regla de exclusión si ya había tenido la oportunidad de plantear en la apelación que una prueba estaba viciada. En 1980 permitió que si el acusado acepta testimoniar durante el juicio, el fiscal use pruebas ilícitamente obtenidas para atacar dicho testimonio. En 1984 creó la excepción de buena fe, según la cual, la evidencia ilícitamente obtenida por un policía que actuó de buena fe porque desconocía que la orden judicial que decretó la prueba estaba viciada y el magistrado que la emitió era neutral, puede ser utilizada y valorada en el juicio. Inclusive, la buena o mala fe es irrelevante cuando el error cometido es inofensivo, es decir, que las pruebas inconstitucionalmente obtenidas en virtud de un error intrascendente que el

juez puede mostrar más allá de una duda razonable que no habrían afectado el resultado del caso no tienen que ser excluida.⁸⁵

En otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores.⁸⁶

Países de Tradición Romana. En los países de tradición Romana, hablamos del régimen de nulidades; así en Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación.

Allí se habla de nulidad textual y nulidad sustancial, el primero de los casos se configura cuando se ha incurrido en una prohibición expresamente señalada por la ley, y la segunda hace referencia a disposiciones que consagran formalidades de tipo sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento.

En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas. El concepto empleado es el de la “inutilisabilidad” de la prueba que esteriliza los efectos de

⁸⁵ Sentencia C 591 de 2005. Op.cit.

⁸⁶ Ibid.

estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados *contra legem*. Dado el grado de severidad de esta regla general, la misma ley exige que el juez justifique de manera expresa por qué no se fundó en cada prueba identificada como irregular (artículo 546).⁸⁷

Países de tradición Germánica. Bajo este sistema no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.⁸⁸

Precisa la Sentencia C 591 de 2005 que En Alemania, es utilizado el método de ponderación, donde una vez comprobado que se ha afectado una garantía fundamental, la prueba se excluye, aunque no es la conclusión más frecuente, en caso de no considerar que se está vulnerando derechos fundamentales se utiliza el método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad donde se analizan diversos factores como la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. En Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita. Más que la función disuasiva hacia el futuro de la exclusión de ciertas pruebas, lo que cuenta

⁸⁷ ibíd.

⁸⁸ ibíd.

es que en el caso presente se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia.

Así, en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina

El método de ponderación ha sido descrito por nuestra corte en los siguientes términos:

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

impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio –un delito menos grave que el homicidio– el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio –un delito que compromete el derecho a la vida– el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba.⁸⁹

2.3.2 DOCTRINA QUE CONSIDERA QUE LA PRUEBA ILICITA ES VALIDA

Parra Quijano⁹⁰ precisa que existe otra corriente dogmática que establece que la Prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz, ésta postura es defendida con el argumento de la búsqueda de la verdad real, con el objeto de que los delitos no queden impunes.

Así mismo, señala el mismo autor que otro argumento que sustenta esta postura se basa en la autonomía con la que cuenta el juez para ignorar que la prueba que sirvió de fundamento para dictar una sentencia se obtuvo violando la ley.

Por otro lado, están los que consideran que los resultados de la prueba se miden en términos de verosimilitud, no de moralidad, refiere Parra Quijano que el tratadista español Luis Muñoz Sabaté al tratar el tema sostiene:

⁸⁹ Sentencia SU 159 de 2002.Op.cit

⁹⁰ PARRA QUIJANO. Op.cit.,p.29

- La prueba ilícita, es innegable, puede adquirirse “valiéndose de medios materiales ilícitos.”
- Frente a pruebas obtenidas por medio de teléfonos intervenidos sin autorización, etc., se “*presenta al juzgador un acuciente dilema al tener que decidir ente verdad y seguridad*”
- Para un sector de la doctrina no sólo se aducen razones constitucionales, sino además, se toma partido por la seguridad, y se cita una jurisprudencia que dice “*no puede admitirse que una parte consigan actividades ilícitas aquello que lícitamente no podría procurarse*” (Apel. Milano, 5 de abril 1934. R. Di. Pr. C.).
- Para otro sector de la doctrina, se sostiene la compatibilidad entre verdad y seguridad jurídica. Cita a Schonke, el cual afirma que “*debe prevalecer el interés en el descubrimiento de la verdad. El interés de la colectividad en asegurarse contra la obtención ilegal de las pruebas se preserva haciendo permanecer responsable, penal y civilmente, al que obró antijurídicamente en dicha obediencia*”.⁹¹

Al igual que el autor Jairo Parra Quijano no desconocemos la importancia de los aportes efectuados por el autor Luis Muñoz Sabaté, sin embargo, no consideramos de modo alguno que se debe utilizar el pensamiento maquiavélico en el entendido de justificar toda actuación en materia probatoria con el objeto de alcanzar la verdad.

⁹¹ PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 29

Con base en lo expuesto podemos afirmar que en virtud del artículo 23 del código de procedimiento penal, el sistema penal colombiano, sigue el camino de la doctrina que acepta la exclusión probatoria con fundamento en el respeto por las garantías constitucionales. Sin embargo, el sistema ha dispuesto una excepción a la aplicación de la regla, tema que trataremos con mayor detalle en el siguiente capítulo.

3. APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.

3.1 FUNDAMENTO LEGAL DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA

El procedimiento penal colombiano se ha inclinado por un sistema de regla de exclusión general, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

... en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales⁹².

El desarrollo legal de la regla de exclusión encuentra su fundamento en el inciso final del artículo 29⁹³ y artículo 93⁹⁴ constitucional y en los artículos 23⁹⁵, 232⁹⁶ y

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP: Herman Galán Castellanos. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Septiembre 2004. p 1372 a 1387

⁹³ “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

⁹⁴ El artículo 93, Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁹⁵ “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

360⁹⁷ y 455⁹⁸ de la Ley 906 de 2004. El estar taxativamente contemplada en el artículo 29 de la constitución política de Colombia, ubica a la regla de exclusión en un nivel normativo superior, que se constituye en una garantía procesal por la que debe considerarse nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales.

Resulta pertinente señalar lo que frente al particular ha precisado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta:

Por mandato constitucional existe en nuestra Carta un postulado insalvable que deviene acorde con las garantías procesales de la sistemática procesal penal. Dicho postulado es que la prueba ilícita obtenida con violación de las garantías fundamentales constituye per se motivo suficiente para su declaratoria de nulidad y su exclusión del acervo probatorio. El artículo 29 de la constitución política en su último inciso así lo establece: es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. Asimismo la prueba ilícita encuentra regulación en el artículo 23 de la ley 906 de 2004: —toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación. Igual

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

⁹⁶ “La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación”

⁹⁷ “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”

⁹⁸ Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

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

Lo anterior implica necesariamente que cuando la práctica de una diligencia de investigación, que puede convertirse en fuente de prueba, está viciada de nulidad por infracción de las garantías procesales previstas para ello, la prueba no puede utilizarse, porque la ley exige que en su realización se hayan respetados todos los requisitos que garantizan su correcta obtención.

De otro lado, cuando la prueba se ha obtenido con infracción de la ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental, no son de aplicación los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal y por tanto debe valorarse la trascendencia de la infracción; se trataría sin duda de pruebas ilícitamente obtenidas, pero que la sanción por la vulneración de la ley, no tendría que ser irremisiblemente la exclusión del proceso.⁹⁹

En un Estado Social de Derecho, el fin de un proceso penal es sin duda la búsqueda de la verdad, pero no a toda costa, quiere decir ello la obtención y aseguramiento de la prueba deben guardar estrecha correspondencia con los derechos fundamentales contemplados constitucionalmente.

Y es precisamente, éste el marco en el que surge la regla de exclusión como un mecanismo de protección y una garantía para que el proceso penal sea el reflejo de la materialización de la justicia en el entendido de la búsqueda de la verdad,

⁹⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Sentencia Tribunal Radicación 0672-09.M.P Carlos Milton Fonseca Lidueña.

pero sin que puedan ser menoscabados derechos que constitucionalmente han sido consagrados, y que son producto del Estado Social de Derecho.

3.2 APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Teniendo como fundamento los artículos que regulan la regla de exclusión en el derecho penal colombiano es propio determinar los eventos en los cuales es aplicable; así, al realizar una interpretación literal del artículo 23 del código de procedimiento penal se tiene que la nulidad alude a la prohibición de otorgar cualquier efecto jurídico a las pruebas obtenidas con violación a garantías fundamentales, el mismo tratamiento recibirán las pruebas derivadas de las pruebas excluidas.

Al tenor del citado artículo podríamos determinar que:

- a).- Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho.

- b).- Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales debe excluirse de la actuación procesal.

- c).- Las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia, deben excluirse de la actuación procesal.¹⁰⁰

¹⁰⁰ALFONSO DAZA GONZÁLEZ. La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004. Prolegómenos – Derechos y Valores.

Por otro lado, resulta interesante precisar el alcance que ha tenido la regla de exclusión a nivel jurisprudencial, citando la sentencia de la Corte Constitucional SU 159 de 2002¹⁰¹ donde se estableció que las dos grandes fuentes jurídicas para la exclusión de pruebas, son en primer lugar la prueba inconstitucional, entendida como aquella que se obtiene violando derechos fundamentales, y en segundo lugar la prueba ilícita, que es aquella obtenida a través de actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba.

En el primer evento, para analizar la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales necesariamente tenemos que acudir a principios constitucionales que deben regir el sistema probatorio y que fueron mencionados en el primer capítulo.

Sin embargo, es importante referirnos al respeto por el debido proceso como fundamento constitucional que ampara la exclusión probatoria, en virtud al artículo 29 superior; donde la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales es nula de pleno derecho y por lo tanto debe excluirse del proceso, señala parra Quijano que “se refiere a los derechos fundamentales como la intimidad, el secreto profesional, la libertad de conciencia etc.”¹⁰².

La Corte Constitucional en sentencia SU 159 de 2002, al respecto ha descrito las condiciones de aplicabilidad para determinar cuando existe una violación al debido proceso que traiga como consecuencia la exclusión probatoria:

¹⁰¹ Sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰² PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 818.

1. Debe determinarse si la irregularidad es de tal magnitud que afecta el debido proceso. De tal forma que la irregularidad debe atentar contra derechos sustanciales del procesado, contra la integridad del sistema judicial, o contra el goce efectivo de los derechos fundamentales.
2. Debe considerarse el alcance del debido proceso. Este involucra en la constitución colombiana no únicamente las normas procesales sino las garantías que dan efectividad a los derechos de las personas frente a la arbitrariedad de las autoridades.
3. Debe considerarse el rol del derecho penal en el Estado social de derecho. Este se orienta no únicamente a garantizar los derechos del procesado, como el derecho de defensa, el debido proceso y la imparcialidad sino los derechos constitucionales a la vida, la integridad y la libertad que se protegen sancionando a quien viola el Código Penal.
4. La exclusión de la prueba significa que ésta no puede ser parte ni de la acusación ni de la sentencia. Su exclusión efectiva del expediente es la garantía del efecto de nulidad de pleno derecho.¹⁰³

Fija en el mismo sentido, la aludida sentencia algunas pautas a partir de las cuales es viable la aplicación de la regla de exclusión, para lo cual se señala que “la primera labor, que se debe desplegar por parte del funcionario es un examen

¹⁰³ Sentencia SU-159 de 2002.Op.cit.

para determinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida”¹⁰⁴.

La referida sentencia¹⁰⁵, precisa que es necesario considerar cual ha sido el alcance que se le ha dado al concepto constitucional del debido proceso, en el sentido de determinar si hace alusión únicamente a la vulneración de derechos netamente procesales o su alcance se extiende hasta cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. Para lo que se establece que en Colombia, el concepto de debido proceso es sustancial, lo que significa, que involucra las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, así como cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En este orden de ideas, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso reclama que el operador jurídico establezca que la prueba viciada no puede ser el fundamento para endilgar responsabilidad penal.

Luis Fernando Bedoya, resalta que:

¹⁰⁴ ibíd.

¹⁰⁵ ibíd.

Inicialmente debe tenerse en cuenta que la actuación penal involucra diversos intereses constitucionales. La víctima y la sociedad tienen legítimo interés en que los delitos sean esclarecidos y los responsables sancionados, no sólo con el fin de proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en el orden interno y en tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino además para la protección futura de los bienes jurídicos tutelados penalmente. Existe un interés igualmente legítimo, en que la limitación de derechos fundamentales que suele ser inherente a la actuación penal no supere lo establecido en el ordenamiento constitucional, ratificado y puntualizado por el legislador al regular cada procedimiento en particular. El balance de estos grupos de intereses es, sin duda, uno de los objetivos primordiales de la normatividad penal.¹⁰⁶

Haciendo alusión a un caso de actualidad¹⁰⁷ la sentencia sobre la exclusión probatoria de los computadores obtenidos en la operación fénix donde resultó abatido Raúl Reyes, resultó aplicable la regla por cuanto, se rompió la cadena de custodia y las Fuerzas Armadas colombianas ejercieron poderes de Policía Judicial que no tenían, registrando lugares y recogiendo elementos materiales probatorios, desatendiendo la cooperación judicial y pasando por alto que las pruebas provenientes del exterior no son ajenas al principio de legalidad y con él al de un debido proceso.

¹⁰⁶ BEDOYA, Luis Fernando, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación , 2008.pag 199

¹⁰⁷ www.caracol.com.co. "Corte Suprema afirma que sentencia sobre computadores de 'Raúl Reyes' no va contra la operación 'Fénix'". Mayo 19 de 2011.

Por otro lado, al hablar de la prueba ilícita, hemos de anotar que es aquella prueba obtenida ilícitamente y que representa una violación a las garantías fundamentales del investigado, acusado o procesado, consagrada en particular a cada tipo de pruebas.

Considera Davis Echandia que “La prueba es ilícita “desde que se aplique coacción de cualquier clase y en cualquier magnitud sobre las personas. Coacción física, coacción psíquica, coacción moral...”¹⁰⁸

Así se podría afirmar que si se utiliza un medio de prueba como un testimonio obtenido a través de coacción física, psíquica o moral este resultaría ilícito.

El tratadista Parra Quijano, refiriéndose a la ilicitud probatoria, señala que para “...abordar este tema es necesario partir del artículo 1º de la Constitución Política que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el ‘respeto de la dignidad humana’, del artículo 13 que consagra el derecho a la igualdad, y del artículo 29 que sanciona con nulidad de pleno derecho la prueba obtenida no solo violando las formalidades, sino también los derechos fundamentales”¹⁰⁹.

La Corte Suprema de Justicia ¹¹⁰ha determinado que se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas,

¹⁰⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando, “Pruebas Ilícitas”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N° 1, Volumen I, 1984, p.15

¹⁰⁹ PARRA QUIJANO, Op.cit., p.20

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso No 32193. octubre 21 de 2009.M.P Yesid Ramírez Bastidas

entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

En Sentencia del 7 de Septiembre de 2006, radicación 21529 se estableció que:

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.¹¹¹

Por otro lado, frente al artículo 360¹¹² del código de procedimiento penal, se fija el deber del juez de excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han presentado, aducido o conseguido con violación en los requisitos formales señalados en el código de procedimiento, podemos señalar la sentencia del 22 de Octubre de 1996 de la Corte Constitucional , referida por Jairo

¹¹¹ Sentencia 7 de Septiembre de 2006, radicación 21529

¹¹² Artículo 360 código de Procedimiento Penal: “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”

Parra Quijano¹¹³, donde señala que si bien es cierto la víctima puede reconstituir con la ayuda de la tecnología la prueba del delito, pudiendo grabar su propia voz; cuando se registran comunicaciones o imágenes privadas de otras personas es necesario que obre orden judicial de autoridad competente, toda vez, que se está invadiendo la órbita de la intimidad de persona ajena, de tal suerte que de no cumplir con este requisito, la prueba nace viciada, y pierde su eficacia probatoria.

Con base en el caso expuesto, opera la aplicación de la exclusión, si se tiene en cuenta que el medio de prueba, se obtuvo de forma ilícita, quebrantando derechos de rango constitucional como el derecho a la intimidad.

Así mismo, al efectuar una interpretación del artículo 360 del código de procedimiento penal, en cuanto a la parte que establece “incluyendo los que se han presentado, aducido o conseguido con violación en los requisitos formales señalados en el código de procedimiento penal”; el concepto violación a requisitos formales, debe interpretarse a la luz del principio del debido proceso, si se tiene en cuenta que dentro del proceso deben observarse a plenitud las formas del proceso, en tal sentido, su inobservancia quebranta el debido proceso, por lo que la prueba deberá ser excluida, teniendo en cuenta el estudio que debe realizar el juez para tal efecto.

No podríamos concluir que las dos fuentes de la exclusión probatoria consagradas en la sentencia SU 159 de 2002, son excluyentes, por el contrario están

¹¹³ PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 51

directamente relacionadas si se tiene en cuenta su fundamento radica en la vulneración de derechos fundamentales.

De tal aspecto podríamos deducir que la regla de exclusión se aplica bajo el criterio de vulneración de derechos o garantías constitucionales en la obtención de la prueba sin importar sobre el sujeto procesal sobre el que recaiga la vulneración, independientemente del medio de prueba de que se trate y las normas que lo regulen, que si duda están sujetas al respeto por normas de rango superior.

Porque tampoco podría ser válida la prueba obtenida en detrimento de derechos fundamentales que el investigado, acusado o procesado presente con el objeto de desvirtuar su responsabilidad penal.

Precisa la Corte en Sentencia SU 151 de 2002¹¹⁴ que es necesario resaltar que la necesidad de aplicar la regla de exclusión ante la vulneración de derechos fundamentales o ante una prueba ilícita no es otro a que dar cumplimiento a los fines del derecho penal que dentro de un Estado Social de Derecho, procura el funcionamiento de la justicia y, mal podría pensarse que funciona bien cuando no garantiza efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal.

Señala Parra Quijano que “la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la

¹¹⁴ Sentencia SU 151 de 2002

vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal”¹¹⁵.

3.3 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Una prueba obtenida ilícitamente o con violación a las garantías fundamentales, genera su exclusión y por tanto no debe ser valorada por el juez de conocimiento o si se trata de elementos materiales de prueba o evidencias físicas debe ser excluida por el juez de control de garantías.

Frente a lo anterior es preciso recordar que la prueba es concebida dentro del juicio oral, y en las etapas previas hablamos de elementos materiales de prueba y evidencias físicas, lo que no significa que la exclusión se haga extensiva a los elementos materiales y las evidencias físicas obtenidas ilícitamente y con vulneración a derechos fundamentales, lo que genera su exclusión en la etapa del proceso a la que corresponda.

Ahora bien, es preciso mencionar que cuando a un elemento material probatorio, evidencia física o a una prueba le es aplicada la cláusula de exclusión, genera que ésta no sea tenida en cuenta para dictar sentencia, sin que se invalide el proceso¹¹⁶ en su totalidad, salvo que esa prueba haya sido el fundamento de la

¹¹⁵ PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 51

¹¹⁶ De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal" (resaltado fuera del original).Sentencia C 372 de 1992.

sentencia¹¹⁷ o que se trate de pruebas obtenidas desconociendo la dignidad humana, es decir, que como lo refiere la sentencia C 591 de 2005¹¹⁸, ha sido practicada través de un crimen de lesa humanidad, situación en la cual el elemento material probatorio, la evidencia física o la prueba no sólo se excluye sino que además se vicia todo el proceso de nulidad.

3.4 FINALIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

En un sistema constitucional de derechos y libertades, como el imperante en nuestro país es necesario que la labor investigativa desplegada por las autoridades, no vulneren las garantías fundamentales ni por acción ni por omisión, razón por la cual la regla de exclusión, opera como una herramienta de prevención para que los funcionarios del Estado respeten las garantías procesales y los derechos fundamentales en todo momento.

La Corte Constitucional en Sentencia Su 159 de 2002, Precisa que

La exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas puede cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 23 de julio de 2001 con radicación 13810 con ponencia de Fernando Arboleda, indicó que “...Obsérvese que la Carta no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino solo de la prueba ilegalmente incorporada, y así ha sido entendido de antiguo por la Corte al sostener que la ilegalidad del medio afecta su validez, pero no la eficacia de la actuación procesal posterior, salvo que se trate de la propia indagatoria...”

¹¹⁸ Sentencia C 521 de 2005. Op.cit.

real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.¹¹⁹

Precisa Parra Quijano que:

...la regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, permite garantizar la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho a la defensa , el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar exclusión de pruebas.¹²⁰

La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como "chivos expiatorios". El artículo 29, inciso último, busca evitar que la historia se repita.¹²¹

Por su parte Luis Fernando Bedoya ha determinado que:

¹¹⁹ Sentencia SU 159 de 2002, Op.cit

¹²⁰ PARRA QUIJANO, Op.cit, p., 801.

¹²¹ Sentencia SU 159 de 2002. Op cit.

La exclusión de evidencias constituye una falta sancionable referida a los actos que afecten derechos fundamentales por fuera de los lineamientos constitucionales y legales. Uno de sus objetivos primordiales consiste en enviar un mensaje claro y contundente sobre las consecuencias de violar derechos fundamentales, orientado a disuadir a las autoridades – e incluso a los particulares de incurrir en este tipo de violaciones cuando pretenden obtener medios de acreditación con carácter probatorio...¹²²

3.5 ETAPAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Acogiendo lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C 529 de 2005¹²³, la regla de exclusión es aplicable durante todas las etapas del proceso, valga decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, de tal forma que los elementos materiales de prueba y la evidencia física también pueden ser excluidos, conclusión a la que se llega al efectuar una interpretación armónica entre el artículo 29 Superior y la reglamentación penal que aplica un modelo procesal penal con tendencia acusatoria.

En este orden de ideas, hay que precisar que la cláusula de exclusión se puede aplicar en la etapa de indagación, investigación, o en la etapa del juicio.

Sin embargo, como lo señala Parra Quijano¹²⁴, donde quizá existe un mayor riesgo de violación de garantías fundamentales de las personas, es en la etapa de

¹²² BEDOYA, Op.cit.,p.200

¹²³ Sentencia C 591 de 2005. Op,cit

¹²⁴ PARRA QUIJANO, Op.cit.,p.812

indagación e investigación, actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación. La necesidad y el deseo de conseguir resultados, lleva a que el investigador opte por violar los derechos de la personas, evento que debe ser sancionado por el juez a través de la exclusión probatoria sin perjuicio de las demás que consagre la ley.

Conforme al artículo 212¹²⁵ del código de procedimiento penal el fiscal efectúa un control a los hallazgos encontrados por la policía judicial, cuando considera que se han desconocido garantías procesales, caso en el cual ordenará su rechazo.

En la etapa de investigación, se resalta la importancia del juez de control de garantías, en el entendido del examen que debe realizar a las actuaciones que se surtan es ésta etapa del proceso, con el objeto de determinar si las actuaciones de las partes se ajustan a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Con respeto al juez de control de garantías, la Sentencia C 591 de 2005 ha establecido que:

Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados

¹²⁵ Artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. "Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la policía judicial y analizados los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.

En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación.

Para cumplir la labor de control de policía judicial en la indagación e investigación, el fiscal dispondrá de acceso ilimitado y en tiempo real, cuando sea posible, a la base de datos de policía judicial."

se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.¹²⁶

Para el efecto resulta interesante estudiar el caso del allanamiento y el registro contemplado en el artículo 232¹²⁷ de la ley 906 de 2004, donde se estipula la aplicabilidad de la regla de exclusión en materia de registros y allanamientos, para lo cual deberá cumplirse con la observancia de las prohibiciones consagradas

¹²⁶ Sentencia C 591 de 2005. Op.cit

¹²⁷ Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación (...).

constitucionalmente¹²⁸ y acatando las prohibiciones procesales; precisa la sentencia C 591 de 2005¹²⁹ que deben existir motivos razonablemente fundados

¹²⁸ Es preciso señalar los artículos del código de procedimiento penal sobre los allanamientos y registros. ARTÍCULO 219. PROCEDENCIA DE LOS REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

ARTÍCULO 220. FUNDAMENTO PARA LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

ARTÍCULO 221. RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

o **CONDICIONALMENTE** exequible> Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías.

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

ARTÍCULO 222. ALCANCE DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO. el artículo 14 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.

De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.

ARTÍCULO 223. OBJETOS NO SUSCEPTIBLES DE REGISTRO. No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.
2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.
3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cobija también los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

PARÁGRAFO. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

con el respectivo soporte probatorio; la orden debe contener los lugares que se pretender registrar. Respetando el procedimiento, y las normas señaladas para tal efecto, en caso contrario la diligencia podrá ser declarada inválida y los elementos probatorios que dependa de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación, salvo que concurren criterios que la legitimen, tema que trataremos más adelante.

Señala la Corte Constitucional en sentencia C 591 de 2005¹³⁰ que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales fijados para tal efecto, se generará la

ARTÍCULO 224. PLAZO DE DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO. La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

ARTÍCULO 225. REGLAS PARTICULARES PARA EL DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO. El artículo 50 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la diligencia de registro y allanamiento la Policía Judicial deberá:

1. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.
2. Se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito.
3. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella.
4. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido. En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello.

PARÁGRAFO. Si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6 a. m., deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, quien garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias; en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la Nación.

ARTÍCULO 227. En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.

¹²⁹ Sentencia C 591 de 2005. Op.cit.

¹³⁰ *Ibid.*

invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Frente al tema de allanamientos y registros, la Corte Constitucional en la citada sentencia, ante la demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 232 del código de procedimiento penal, precisó:

...en otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.¹³¹

Al hacer una interpretación inicial de lo señalado por la honorable Corte Constitucional sin profundizar en las excepciones previstas, podríamos inferir que en el caso de los allanamientos y registros que resulten inválidos por el no cumplimiento de los requisitos previstos para su realización y consecuentemente

¹³¹ *Ibíd.*

sean excluidos todos los elementos probatorios y evidencias físicas derivadas de la actuación se aplicaría la teoría de los frutos envenenados, la cual pasaremos a analizar.

3.6 TEORÍA GENERAL PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Mencionábamos los sistemas de regulación de la cláusula de exclusión, para estudiar como regla general los casos en los cuales la exclusión involucra no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella y que son producto de la actuación ilícita inicial y estudiaremos las excepciones que se han generado alrededor de la regla general.

La doctrina del fruto del árbol venenoso, opera cuando una prueba es obtenida quebrantando garantías constitucionales, y aquellas pruebas que se deriven o sean consecuencias de la prueba inicial no son ni valoradas ni tenidas en cuenta dentro del proceso. Ésta doctrina se ampara en el respeto por los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva, si se le da validez al fruto de una violación constitucional.

Esta doctrina tiene como sustento una relación de causa efecto, si la prueba objeto de estudio deviene, por una relación causal, de una prueba excluida, aquella también debe ser excluida.¹³²

Al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

¹³² PARRA QUIJANO, Op.cit., p. 805

...la Corte también rechaza la insinuación de que una prueba ilícita contamina ipso facto todo el acervo probatorio. La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas.¹³³

Por otro lado, cuando una prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, ha dicho la Corte en sentencia C 591 de 2002¹³⁴ que por tratarse de una prueba con violación de los derechos humanos es decir, mediante la consumación de un crimen de lesa humanidad atribuible a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, toda vez se han desconocido los fines del Estado en cuanto a la realización de los derechos y garantías del individuo.

En este sentido, consideramos que para el caso particular la legislación colombiana admite la aplicación de la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas, porque no sólo se excluyen las pruebas que derivan de la prueba ilícitamente obtenida como en el caso de la teoría de los frutos envenenados, sino que se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable.

¹³³ Sentencia T-395/10

¹³⁴ *Ibíd.*

Ahora bien, la normatividad en materia procesal penal colombiana determina que para los efectos de la exclusión probatoria se deben considerar, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley¹³⁵, que son considerados como excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado.

3.7 EXCEPCIONES A LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.

3.7.1 Teoría del Vínculo Atenuado. “El vínculo atenuado supone la violación de garantías fundamentales y la existencia de evidencias o cualquier medio de acreditación relacionado con la violación, pero conectado tan tenuemente con esta, que su exclusión puede resultar una decisión desproporcionada y carente de real utilidad”¹³⁶.

La corte Constitucional frente al particular ha precisado que “se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad”¹³⁷

Parra Quijano, ha señalado que la doctrina ha fijado para la aplicación de la teoría del vínculo atenuado:

¹³⁵ Artículo 455 del Código de Procedimiento Penal. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

¹³⁶ BEDOYA, Luis Fernando, La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, 2008.pag 203

¹³⁷ Sentencia C 591 DE 2005

Si la cadena entre la evidencia impugnada y la ilegalidad primaria es larga o el vínculo sólo puede demostrarse mediante argumento sofisticado, la exclusión no es apropiada. En tal caso es altamente improbable que la policía previera la evidencia impugnada como una consecuencia probable de su legitimidad; luego no podía ser una fuerza que motivara la conducta ilegal. De ahí que la amenaza de exclusión no puede operar como disuasivo en esta situación. ii) lo mismo vale decir cuando la evidencia se usa para un fin relativamente insignificante o altamente inusual. Bajo estas circunstancias, no es probable que al momento de la ilegalidad primaria, la policía previera o estuviera motivada por el uso potencial de la evidencia, por lo que la amenaza de la exclusión no tendría efecto disuasivo. iii) habida cuenta que el propósito de la regla de exclusión es adelantar conducta oficial indeseable, cuando tal conducta es particularmente ofensiva, el efecto disuasivo debe ser mayor y por ende más amplio el alcance de la regla de exclusión.¹³⁸

3.7.2 Teoría de la Fuente Independiente. La teoría de la fuente independiente se fundamenta en que a pesar de existir una violación de garantías fundamentales, se puede demostrar que no está realmente relacionada con dicha irregularidad.

“Puede hablarse de fuente independiente cuando, a pesar de existir una violación de garantías fundamentales, es posible demostrar que la evidencia cuya exclusión se pretende no está realmente relacionada con dicha irregularidad”¹³⁹.

¹³⁸ PARRA QUIJANO, Op.cit.,p. 806

¹³⁹ BEDOYA, Luis Fernando Op.cit.,p. 203

Luis Fernando Bedoya en el libro la prueba en el proceso penal, señala que como ejemplo:

El caso de los policías judiciales que cuentan con información suficiente para pedir una orden de allanamiento y registro y a pesar de ello deciden ingresar sin autorización al inmueble en el que como saben , se encuentra la evidencia; no tocan nada; y luego solicitan la orden sólo con base en la información que poseían antes de la irregularidad, podría concluirse que no existe una verdadera conexión entre la actuación irregular y la evidencia, pues el hallazgo de esta no tiene ninguna relación con el ingreso ilícito de los policías al inmueble.¹⁴⁰

3.7.3 Teoría del Descubrimiento Inevitable. Consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia es válida.

Luis Fernando Bedoya precisa que:

Entre los criterios relacionados en el artículo 455 del Código de procedimiento Penal, quizá el más complejo sea el **descubrimiento inevitable**, pues este supone la violación de garantías fundamentales y la obtención de evidencias claramente vinculadas con la actuación irregular. En este evento, la razón

¹⁴⁰ ibíd.P.204

para mantener la evidencia en pro de los intereses de la víctima y la sociedad, está relacionada con el hecho de que, de todas formas sería descubierta.¹⁴¹

La Defensoría del Pueblo ha señalado que “La diferencia con la fuente independiente es que en ésta la prueba alternativa o independiente se requiere que sea actual, en cambio en el descubrimiento inevitable que sea hipotéticamente factible”¹⁴².

Ejemplo para su aplicación sería el de la persona que confiesa acerca de un homicidio sin estar asistido por defensor, e indica el lugar de ubicación del cadáver, pero precisamente en ese sector había más de doscientos hombres en su búsqueda, y dada su proximidad el cadáver en todo caso iba a ser descubierto.

Frente al caso de que se trata la sentencia C 591 de 2005 cita la sentencia SU 159 de 2202 MP Manuel José Cepeda Espinos, para referirse a las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Allí se determina que:

... entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales -si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano-, criterios de gradualidad -si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto-, criterios de conducta -si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio.

llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente- o criterios materiales -si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.¹⁴³

3.8 EFECTOS JURÍDICOS GENERADOS POR LAS EXCEPCIONES A LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.

Como efectos jurídicos generados por las excepciones que se consagran en la reglamentación penal colombiana sobre la regla de exclusión, es pertinente precisar que con la aplicación de las teorías del el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley; ha establecido la sentencia C 591 de 2005 ¹⁴⁴que el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, debiendo examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito. Quedando entonces la aplicación de la cláusula de exclusión a criterios eminentemente subjetivos que podrían conducir a verdaderas arbitrariedades.

¹⁴³ ibíd.

¹⁴⁴ Sentencia C 591 de 2005.Op.cit.

Para el efecto es pertinente hacer alusión al salvamento de voto expuesto por el Dr. Alfredo Beltrán Sierra la sentencia C-591 de 2005, salvamento que contiene elementos importantes, en el sentido de cuestionar la inadecuada aplicación que se le da a la teoría del fruto del árbol envenenado, el honorable magistrado se refiere en los siguientes términos:

Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro que a mi juicio resulta inexecutable. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la Constitución.

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

Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria, de tal suerte que el capricho sea el criterio para declarar que existe “vínculo atenuado” y por ese camino dotar de validez a pruebas que carecen de ella...”¹⁴⁵

¹⁴⁵ Ibíd.

En el marco de un Estado Social de Derecho, donde se fomenta el respeto por la dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de la persona, se presenta la cláusula de exclusión, como aquella herramienta que limita el ius puniendi del Estado, toda vez que impide que se violen las protecciones constitucionales y así garantizar la integridad judicial.

Sin embargo, con la aplicación del artículo 455 del código de procedimiento Penal, se deja la puerta abierta para que el Estado se apoye en pruebas obtenidas mediante conductas ilícitas, para endilgar responsabilidad penal, generando, a nuestro sentir una deslegitimación de la actuación estatal, si se tiene en cuenta que para la aplicación del artículo 455 el juez debe ponderar, entre el objetivo de obtener la verdad real y el objetivo de alcanzar una justicia efectiva; siendo desde nuestro punto de vista a partir del referido artículo mas importante la consecución de la verdad, si se tiene en cuenta que se permite al operador judicial desconocer la regla de exclusión probatoria consagrada constitucionalmente.

Lo anterior, significa que la existencia en nuestro régimen penal, de las excepciones a la regla de exclusión permite que en muchas ocasiones los delitos no queden impunes, sin embargo, pudiera pensarse que se sacrifica la esencia del Estado Social de Derecho, al quebrantar el respeto por las garantías constitucionales y legales que deben ser aplicados en un proceso penal.

4. SENTENCIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE EXCLUSION.

Para desarrollar esta parte del trabajo, tomaremos como referencia la sentencia SU 159 de 2002, y la sentencia C 591 de 2005.

4.1 SENTENCIA SU 159 DE 2002.

El actor, obrando a través de apoderado especial, interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y debido proceso, para el tema que nos compete tratar, baste con mencionar que los hechos que dieron origen a la acción de tutela se fundamentan en una noticia periodística en la cual se transcribía una conversación telefónica entre dos ministros de Estado, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, interceptada por personas desconocidas, sin orden judicial previa.

El actor consideró que se configuró una vía de hecho por defecto fáctico. Para resolver las consideraciones la Corte se preguntó:

¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas? No. La Corte constata que la grabación no fue el fundamento de la resolución de acusación de la Fiscalía y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia cuestionada sostuvo que la grabación era ilícita y no podía ser valorada como prueba. Así, la Sala Penal

Aplicó correctamente la regla de exclusión de la grabación telefónica obtenida con violación del debido proceso.

Se alega además que de la grabación ilícita se derivaron otras pruebas que fueron valoradas en la resolución de acusación y que no fueron excluidas en la sentencia, tales como las declaraciones de los dos Ministros a un medio de comunicación en las cuales reconocen que la conversación, en efecto, sucedió, así como los testimonios de una(s) secretaria(s) que confirmaron la existencia de llamadas telefónicas entre los dos ministros, una de las cuales fue la ilícitamente grabada. Entonces, es preciso preguntarse lo siguiente: ¿Están dichas pruebas afectadas por la ilicitud de la grabación y, por ende, han debido ser excluidas expresamente del acervo probatorio? No. Las pruebas mencionadas no son realmente derivadas de la grabación ilícita sino resultado de fuentes independientes a la misma y separadas de ella, v.gr., declaraciones autónomas de cada Ministro voluntariamente divulgadas y una inspección judicial decretada por la Fiscalía al Ministerio de Comunicaciones. Como no son pruebas derivadas de la grabación ilícita, no se les comunica a ellas la nulidad de dicha grabación. Ahora bien, en gracia de discusión cabe analizar otro problema: ¿en caso de que dichas pruebas fueran también ilícitas, se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico al no haber sido excluidas del acervo probatorio? No. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte para que la no exclusión de pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia se requiere que éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena. En este caso, dichas pruebas no sólo no fueron determinantes sino que obran en el expediente otras pruebas valoradas por la Sala Penal y cuya suficiencia para fundar la sentencia condenatoria no ha sido ni cuestionada ni desvirtuada. Esta Corte también analizó si todas las pruebas del acervo, sin nexo alguno con la grabación

ilícita, no podían ser valoradas por la Sala Penal en conjunto con aquellas pruebas que –en gracia de discusión– podrían ser consideradas ilícitas por ser derivadas de dicha grabación. Es preciso responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.¹⁴⁶

Luego de citar algunos apartes de la Sentencia materia de estudio, es importante establecer que los aportes jurídicos de ésta son significativos sobre el tema¹⁴⁷ de prueba ilícita y aplicación de regla de exclusión, razón por la cual, señalaremos aspectos que fueron fijados ésta sentencia:

- En primer lugar señaló que las fuentes de exclusión probatoria son dos prueba inconstitucional u obtenida con violación del debido proceso y la prueba obtenida con violación de las garantías del procedimiento establecido, que tienen dispuesta como consecuencia jurídica el rechazo de la prueba y su exclusión del proceso.

¹⁴⁶ SU 159 de 2002.

¹⁴⁷ Al respecto, Carlos Andrés Bolaños Arias, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia; precisó en el artículo. “El debilitamiento de la *regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano” los principales aportes de la sentencia SU 152 y la sentencia C591 de 2005.

- Estableció que cuando una prueba se obtiene quebrantando el debido proceso no se afecta todo el proceso, sólo a la prueba nula; lo que significa que el proceso continúa, pero las pruebas viciadas de nulidad deben excluirse.
- Por otro lado, precisó el alcance del derecho al debido proceso haciendo alusión al concepto de irregularidad menor.¹⁴⁸
- Estableció que la regla o cláusula de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta y admite excepciones, a saber la doctrina de la atenuación o vínculo jurídico atenuado, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable.
- La Corte reconoció que la consecuencia de la prueba obtenida con violación del debido proceso y las demás garantías fundamentales, es la exclusión o no valoración para adoptar decisiones que pretenden endilgar responsabilidad penal.
- Determinó el alcance del debido proceso, la prueba ilícita y la prueba ilegal en términos de la regla de exclusión probatoria, entendiendo que esta

¹⁴⁸ En el apartado 4.2.2 se afirma: “(...) es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.”

última procede cuando exista prueba inconstitucional u obtenida sin observancia de los requisitos procesales y de producción de prueba específicos, y cuando su obtención haya devenido de violación de derechos y garantías fundamentales de la persona.

- Preciso los eventos en los cuales una prueba derivada de una prueba originariamente ilícita es admisible.¹⁴⁹
- Señaló que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual procede la anulación de todo lo actuado.

4.2 SENTENCIA C 591 DE 2005

Esta sentencia se fundó en la demanda de inconstitucionalidad elevada por la señora Stella Blanca Ortega Rodríguez, donde solicita que declare la inexecutable de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004. Por lo cual trataremos aquellos que guardan relación directa con el tema estudiado.

La Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, efectuó un análisis amplio las modificaciones que el acto legislativo 03 de 2002, introdujo en el sistema

¹⁴⁹ Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados. Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original

penal acusatorio y que fueron desarrollados por la ley 906 de 2004, en tal sentido de la podemos destacar varios aspectos:

- Considera la parte actora que la prueba anticipada vulnera el principio de inmediatez de la prueba, frente al particular la corte precisa que no se vulnera¹⁵⁰, toda vez que la prueba anticipada es una excepción a la regla general, que se fundamenta cuando existan “*motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio*”. En este orden de ideas consideró la Corte que la práctica de la prueba anticipada se ajusta a la constitución, y a los fines del sistema penal acusatorio.
- Considera la parte actora que el artículo 232 en cuanto a la expresión “directa y exclusiva” es contrario al artículo 29 Superior por cuanto se hace referencia a que cuando el registro se encuentre viciado por carecer de algún elemento esencial genera la invalidez de los elementos probatorios que no dependan directamente, es decir, los elementos indirectos sí mantendrán su valor, “lo que es inconstitucional porque de acuerdo con el inciso 5 del artículo 29 toda prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho sin que el constituyente distinga entre la prueba directa y la indirecta”. Por lo anterior, consideró la corte que las expresiones directa y exclusivamente deben ser declaradas inexecutable así “cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de

¹⁵⁰ Precisa la Corte Constitucional que “En tal sentido, el artículo 29 dispone que toda persona tiene derecho a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, e igualmente que “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. De allí que, en materia probatoria, rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los que se cumplen respecto de la práctica de pruebas anticipadas según lo dispone el artículo 284 del C.P.P., y por lo tanto, la posibilidad de la práctica de éstas pruebas anticipadas es una particularidad de nuestro sistema procesal penal, que se ajusta a la Constitución...”

una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente .¹⁵¹”

- Considera la accionante que el artículo 455 del código de procedimiento penal quebranta la regla de exclusión, por cuanto el artículo 23 del referido código no consagra excepciones para la aplicabilidad de la cláusula, así como el artículo 29 superior, donde taxativamente se establece que las pruebas que se deriven de la prueba ilícita deberán ser excluidas del proceso. Al respecto preciso la corte que para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto. ¹⁵²
- Del mismo modo preciso la aludida sentencia que la prueba practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, genera un vicio insubsanable por el cual habrá de decretarse la nulidad del proceso.
- Resalta la Corte que las modificaciones constitucionales a la estructura del proceso penal deben ser interpretadas de manera sistemática con el

¹⁵¹ Sentencia C 591 de 2005.

¹⁵² ibíd.

artículo 29 Superior, al igual que con aquellas normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA: A partir de la constitución de 1991, Colombia consagra un Estado social y democrático de derecho, lo que implica el respeto por la dignidad humana y por los principios y valores sobre los que ha sido fundada, en tal sentido, los procedimientos penales deben ajustarse a las normas de rango superior. Tan es así que el ejercicio del ius puniendi está limitado por las garantías fundamentales de procesado.

SEGUNDA: El sistema penal acusatorio colombiano, se enmarca dentro de los postulados constitucionales, así un proceso penal debe estar revestido de todas la garantías que permita el respeto por la dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de la persona, en este escenario aparece la cláusula de exclusión, como aquella herramienta que limita el ius puniendi del Estado, toda vez que impide que se violen las protecciones constitucionales maximizando de tal modo la integridad judicial.

TERCERA: La regla de exclusión ha sido incorporada al sistema penal acusatorio colombiano, del modelo implementado por lo Estado Unidos, así en nuestra legislación no sólo se contempla la regla de exclusión, sino además las excepciones a la aplicabilidad de la misma.

CUARTA: Como fundamento de la regla de exclusión se encuentra el artículo 29 de la Constitución política que consagró la regla de exclusión de la prueba ilícita, considerándola nula de pleno derecho, garantía que se fundamenta en el debido proceso y en la protección de los derechos fundamentales. El código de

procedimiento penal consagra la regla de exclusión en el artículo 23, así como se establece en el artículo 455 de la misma reglamentación las excepciones a la aplicabilidad de la regla de exclusión probatoria.

QUINTA: Dentro de un proceso penal las causales para que una prueba sea inadmitida, rechazada o excluida son diferentes, por lo que los términos no deben ser considerados como sinónimos, toda vez que la ley penal ha consagrado diferencias para la aplicabilidad de cada una de ellas.

SEXTA: Es importante establecer la diferenciación entre evidencia física, elemento material probatorio y prueba, resaltando que solo se puede hablar de esta última en la etapa procesal del juicio oral, momento en el cual se cumplen los principios de inmediatez, contradicción y publicidad.

SEPTIMA: La regla de exclusión es aplicable en todas las etapas del proceso, en tal sentido, se pueden excluir las evidencias físicas y los elementos materiales de prueba que vulneren garantías constitucionales, en cualquier etapa del proceso.

OCTAVA: El sistema probatorio no debe concebirse desde la premisa maquiavélica del fin justifica los medios, así la verdad no es un fin en sí misma y no debe lograrse a cualquier precio. Traspasando las barreras que la Constitución como norma de rango superior ha impuesto. En este orden de ideas, so pretexto de combatir la criminalidad, no se puede vulnerar el sistema.

NOVENA: La ley penal Colombiana deja la puerta de las excepciones a la aplicabilidad de la cláusula de exclusión, deja la puerta abierta para que el Estado se apoye en pruebas obtenidas mediante conductas ilícitas, para endilgar responsabilidad penal, generando, a una deslegitimación de la actuación estatal.

Al dejar que el juez dentro de un ámbito subjetivista determine la aplicación a la regla sobre las pruebas derivadas.

DECIMA: Lo anterior, significa que la existencia en nuestro régimen penal, de las excepciones a la regla de exclusión permite que en muchas ocasiones los hechos punibles cometidos no queden impunes, sin embargo, se sacrifica la esencia del Estado Social de Derecho cimentado en el respeto por las garantías constitucionales y legales que deben ser aplicados en un proceso penal.

DECIMA PRIMERA: La posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002, es sin duda el resultado de un estudio juicioso de la regla Constitucional de Exclusión, sin embargo, con la aplicación de la teoría de la fuente independiente, a muchas de las pruebas derivadas de la prueba ilícita se les confirió plenos efectos jurídicos, situación que implica darle más importancia a la búsqueda de la verdad real que a la aplicación de un sistema garante y constitucional, en la búsqueda por obtener una sentencia de fondo sin importar la forma como hubiesen sido obtenidas las pruebas.

DECIMA SEGUNDA: En un Estado Social de Derecho y a la luz de lo consagrado constitucionalmente en el artículo 29, no es posible fijar un trato diferencial para aplicar la regla de exclusión sobre la prueba derivada de la ilícita; debe aplicarse de manera integral la exclusión tanto para la prueba principal, como para la que sea consecuencia de ella.

DECIMA TERCERA: Partiendo del principio de presunción de inocencia, corresponde a la Fiscalía General de la Nación demostrar la responsabilidad penal, lo cual no significa que el sujeto procesado tenga una posición pasiva

dentro del proceso, por el contrario debe desvirtuar las acusaciones del ente acusador.

BIBLIOGRAFIA

AZULA, Camacho. Manual de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Temis1993.

BEDOYA, Luis Fernando. La Prueba en el proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación – Modulo de Formación para fiscales -2008.

BOLAÑOS ARIAS, Carlos Andrés. Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia. [Online]. “El debilitamiento de la *regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano”.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario de Ciencias Jurídicas políticas y Sociales. Argentina: Editorial Heliasta, 2002.

CASTELLANOS GALAN HERNAN. En Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Legis. 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Bogotá. Editorial Leyer.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA. Editorial Léger 2009.

COLOMBIA. DEFENSORIA DEL PUEBLO. La prueba en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. 102 p.

COLOMBIA. FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Manual de procedimientos de fiscalía en el Sistema penal acusatorio colombiano. 2005. p.216

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-93 de 1993. M.P Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1995 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. No. C-592 de 2005. M.P. Tafur Galvis, Álvaro.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-822 de 2005 M.P. Cepeda Espinosa, Manuel José.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-186 de 2008. M.P. Pinilla Pinilla, Nilson.

CORTE CONSTITUCIONAL .Sentencia C-336 de 2008.M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 2009.M.P Dr. Nilson Pinilla Pinilla

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

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-506 de 1992 M.P Dr. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-831 de 2008. M.P. González Cuervo, Mauricio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-594 de 2009. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-395 de 2010 MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-483 de 2005. M.P. Beltrán Sierra, Alfredo.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1194/05, M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL .Sentencia de Septiembre 7 de 2006, radicación 21529.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de febrero 21 de 2007, radicado 25920, M. P Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL .Sentencia de enero 7 de 2009. Exp. D-7226. No. C-025. M.P. Escobar Gil, Rodrigo;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de febrero 19 de 2009, radicado 30.598.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de marzo 4 de 2009, radicado 28.628.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia de marzo 27 de 2009, radicado 31.103

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de mayo 13 de 2009, radicado 31147, M. P Sigifredo Ospina Pérez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL .Sentencia de mayo 27 de 2009, radicado 30.711 M.P José Leónidas Busto Martínez.

DAZA GONZALEZ. Alfonso. Universidad Militar Nueva Granada. Prolegómenos – Derechos y Valores. [Online]. “La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la ley 906 de 2004”.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Pruebas Ilícitas", Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N° 1, Volumen I, 1984.

ENCICLOPEDIA CRIMINALÍSTICA, Criminología e Investigación, 1ª ed. Bogotá D.C: Sigma editores, 2010.

MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá Colombia, 2006. Editorial Temis.

MORENO GONZÁLEZ, LUIS, Manual de introducción a la criminalística. México: Porrúa, 1990.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del profesional, 2009.

PELAEZ HERNANDEZ. Ramón Antonio. Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano

SALAS, Christian. La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal. 14 de Noviembre del 2005. Disponible en www.enj.org

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA. Sentencia Tribunal Radicación 0672-09.M.P Carlos Milton Fonseca Lidueña.

VELASQUEZ GOMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2009.

www.caracol.com.co. Corte “Suprema afirma que sentencia sobre computadores de 'Raúl Reyes' no va contra la operación 'Fénix’”. Mayo 19 de 2011.