



**ESPECIALIZACION DERECHO PROCESAL PENAL, CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA PENAL MILITAR.**

Artículo de Reflexión:

**CLAUSULA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
PRUEBA ILÍCITA.**

Presentado:

**María Doris Páez Cuervo
Glenys del Carmen Ortiz García**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA UMNG.
FACULTAD POST GRADO DERECHO
BOGOTA- COLOMBIA, JULIO 2.013**

**CLAUSULA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.
PRUEBA ILÍCITA.**

Glenys del Carmen Ortiz García¹

Maria Doris Páez Cuervo²

¹Este artículo hace parte de la investigación Clausula de Exclusión en el Sistema Penal Acusatorio. Tema Prueba Ilicita, Grupo: Derecho Público, Línea: de Derecho Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

Abogada Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Atlántico, 2000, Especialista en Derecho Penal y Criminalística, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Atlántico, 2004, Especialista en Administración Pública y Finanzas Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá Colombia 2011, Jefe de Unidad de Policía Judicial Fiscalía General de la Nación 1996-2012 Bogotá Colombia. Correo electrónico glenysortizgarci@hotmail.com.

²Abogada Universidad Libre de Colombia, 1998, Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre, Bogotá 1999. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. “ESAP”, 2011. Actualmente Maestría en Derecho Penal en la Universidad Libre de Colombia, pendiente de argumentación Monografía. correo electrónico mariapaez707@hotmail.es

RESUMEN

En el ámbito del derecho penal, la prueba ilícita genera complejas discusiones, debido a los factores que se conjugan al decir, que un proceso es nulo cuando las pruebas sean practicadas con violación a la constitución y la ley.

Las controversias sobre la aplicación absoluta de la cláusula de exclusión, nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales. Por un lado, la aplicación de la sanción penal y la reparación a que tienen derecho las víctimas, y por otra parte, el acatamiento de los derechos fundamentales de quien es procesado; ésto, debido a la posible violación de sus garantías procesales y constitucionales, en la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio oral y público.

Ahora bien, el principio de exclusión probatoria se encuentra previsto dentro del articulado constitucional, según el cual es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, así como las que son producto de ellas. Mandamiento legal que pasa a ser relativizado en virtud de algunas teorías como el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, las cuales también se deben considerar para efectos de la aplicación de la cláusula de exclusión.

De todo lo anterior, se desprendió la necesidad de indagar las posibles implicaciones en los derechos fundamentales del procesado y el interés público, a partir de la relativización de la regla de exclusión probatoria, encontrando que es procedente la no aplicación absoluta de ésta cláusula, por cuanto priman los fines constitucionales del proceso penal, en la búsqueda del valor de la justicia, proyectados más allá del caso particular, hacia el alcance de los fines superiores del Estado, que también involucran los derechos de la sociedad, representados en los derechos de las víctimas y terceros.

Palabras Claves.

Medios de prueba, prueba ilícita, cláusula de exclusión, principios fundamentales, garantías procesales.

ABSTRACT

In the area of criminal law, illegal evidence generates complex discussions, due to the factors that combine to say that a process is zero when the tests are carried out in violation of the Constitution and the law.

Disputes concerning the application of the absolute exclusion clause leads us to consider two fundamental aspects. On one hand, the application of criminal punishment and reparation to victims entitled, and on the other hand, compliance with the fundamental rights of those who are prosecuted, and this, due to the possible violation of their due process and constitutional in obtaining the evidence that will be valued and practiced within the public trial.

However, the rule excluding evidence is provided within the constitutional article, under which is null and void, the evidence obtained in violation of due process, and which are the product of them. Legal Commandment becomes relativized under some theories as the link dimmed, the independent source and inevitable discovery, which should also be considered for the purposes of the exclusion clause.

From the above, came off the need to investigate the possible implications for the fundamental rights of the accused and the public interest, from the relativization of the exclusionary rule of evidence, finding that it is not from the absolute application of this clause, prevail as constitutional purposes of criminal proceedings, in the pursuit of justice value, projected beyond the particular case, to the extent of the upper end of the state, which also involve the rights of society, represented in the rights of victims and third parties.

Keywords.

Evidence, illegal evidence, exclusion clause, fundamental principles, due process, due process.

INTRODUCCION.

La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante los distintos momentos procesales; por lo tanto, el legislador en aras de garantizar derechos fundamentales, determina a través de la cláusula de exclusión, un mecanismo constitucional mediante el cual no se admite en un proceso, la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

Pese a existir esta garantía, se presenta un dilema, entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses particulares de los ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica, ante lo cual, se hace necesario determinar si la aplicación de la cláusula de exclusión por prueba ilícita, afecta intereses constitucionales.

Para resolver este problema, en el cual se advierte una colisión entre valores constitucionales, se hace necesario analizar las consecuencias jurídicas que genera la aplicación adecuada de la cláusula de exclusión, partiendo de la identificación de los derechos fundamentales y garantías procesales que salvaguarda la constitución y la ley, tanto para el interés particular como público.

El objetivo de este artículo radica en determinar, si al no aplicarse la cláusula de exclusión por prueba ilícita, se violan los derechos fundamentales, de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario; o por el contrario, se garantizan fines constitucionales del proceso penal.

Para el desarrollo del presente artículo de reflexión, se utilizó el método inductivo, estudiando diferentes fuentes del derecho, con el fin de establecer las consecuencias jurídicas que genera la aplicación adecuada de la cláusula de exclusión como principio y garantía procesal.

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

El proceso penal como instrumento legítimo de un Estado social de derecho, tiene como fin encontrar la verdad y satisfacer los fines de la convivencia pacífica y la paz social, para lo cual deberá procurar la protección de los intereses, así como de las garantías y libertades fundamentales de todos y cada uno de los intervinientes en el marco de un debate procesal. En los procesos de búsqueda de la verdad, la obtención y el aseguramiento de la prueba se constituyen en un problema esencial, toda vez que exige determinar cuáles pruebas son admisibles y cuales no, en aras de que las decisiones restrictivas y de injerencia en la libertad de las personas, sea legítima. (La Prueba en el Sistema Penal Colombiano, 2005). Se desarrollan a continuación conceptos claves en torno a la prueba.

Medios de Conocimiento.

La legislación penal establece 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” (C.P.P. Art. 382). Es así, como el juzgador con miras a cumplir con los fines constitucionales, los valora en su conjunto para tomar las determinaciones que en derecho corresponda. Respecto de cada uno de estos medios de prueba se tiene lo siguiente:

La Prueba Testimonial.

Se constituye en la prueba más común e importante en el sistema probatorio. Con la vigencia del nuevo sistema, de los principios de inmediación, contradicción y concentración, el testimonio escrito o de referencia ya no son la regla sino la excepción, precisamente por limitar el derecho de contradicción, de confrontación y el derecho fundamental de defensa. Se señalan como reglas de toda prueba testimonial la capacidad del testigo, la obligación de declarar, el conocimiento personal, el interrogatorio y confrontación e impugnación de testigos (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 29). No cabe duda, que el testimonio es un medio de prueba importante para cualquier decisión del juez, quien debe tener la capacidad de percibir los

hechos sucedidos, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron y con éstos presupuestos, analizar la conducencia del mismo y garantizar su imparcialidad, teniendo en cuenta la valoración de su existencia, validez y eficacia.

Prueba Pericial.

Es necesaria cuando se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados para determinar un hecho dentro del debate procesal, o auxiliar al juez a entender la evidencia presentada. El apoyo al juzgador se centra exclusivamente en la materia especializada, sin sustituir sus facultades y competencias jurisdiccionales (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 39) Es perfectamente claro, que la prueba pericial es una ayuda para el juzgador, quien no siendo experto en esos temas científicos, culturales u otras especialidades, entienda el caso; toda vez que cada perito es conocedor de su especialización, quien deberá explicar los procedimientos y llegar a las conclusiones, que le permitan al juez garantizar el debido proceso, los principios de inmediación, contradicción, publicidad y los resultados del juicio.

Elementos Materiales Probatorios, Evidencia Física y Evidencia Demostrativa.

Son los productos o instrumentos del delito que pueden ser presentados en el juicio oral. La evidencia física finalmente es toda cosa tangible con la que se ha cometido el hecho o es resultado de éste y que contribuye a obtener información para el esclarecimiento de los mismos (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 47). No cabe duda que los elementos materiales probatorios son llevados y practicados en juicio oral, donde son sometidos al debido proceso, a la contradicción y al juez al convencimiento.

De manera específica se tiene que son elementos materiales probatorios y evidencias físicas:

“ a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución

de la actividad delictiva; d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente” (Ley 906, 2004).

Y para terminar esta apresurada enumeración, demuestran las técnicas de búsqueda de evidencias y elementos materiales probatorios, la importancia de preservación y embalaje, para tener certeza que prueba un hecho, por esa razón, se debe garantizar la cadena de custodia, con el fin de que al llegar al juicio se mantenga el llamado principio de mismidad y pueda establecerse el autor del hecho criminal y como se desarrolló éste, además de ser debatido en un juicio respetando el debido proceso, el derecho de defensa, la contradicción y la valoración del juzgador.

La 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 (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 57). Importa dejar sentado, que se debe revisar la naturaleza jurídica para ser incorporados en un juicio. En éste sentido Luber (2003, p.209) señala que “así como la evidencia física guarda valor por lo que ésta es y se percibe a través de los sentidos, la evidencia documental es valorada y admitida en razón de lo que ella dice”; Es significativa la importancia

que tiene, ya que se introducen con un testigo de acreditación quien a quien se confiaría de testificar en audiencia pública.

Prueba de Referencia.

Es una excepción al principio de inmediación, en razón a que la declaración que se quiere hacer valer en el juicio se produjo por fuera de él (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 65). Lo que esta vez nos importa, es destacar que el principio de inmediación consagra que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio. Sin embargo, se pueden admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral, siempre y cuando se conjuguen con las pruebas directas existentes y que sirvan para fundamentar una condena. El código de procedimiento penal establece como la inmediación, el hecho de que “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” (Ley 906 art. 379, 2004); lo cual es cierto, porque se tiene la oportunidad de controvertirla y puede ser complementada con una prueba directa.

Prueba Anticipada.

Es una excepción al principio de inmediación, porque se forma antes del juicio oral y ante el juez de garantías y no ante el juez de conocimiento (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 73). Se comprueba de este modo que la prueba anticipada debe reunir unos requisitos, porque debe ser practicada ante el juez de control de garantías, cumpliendo con motivos fundados por extrema necesidad. En este caso se debe evitar la pérdida del medio de prueba, para garantizar el debido proceso, contra la decisión proceden los recursos.

PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.

Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el nuevo procedimiento penal Colombiano, de su contenido y alcance definidos constitucional y legalmente depende la satisfacción plena de las garantías del defendido y la realización del derecho sustancial. Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales, enmarcan las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal y especialmente determinan el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un Estado social de derecho. (Sentencia C 406, 1992). Efectivamente, si se cumplen los principios de presunción de inocencia, de guardar silencio, legalidad, libertad probatoria, contradicción, inmediación, concentración, doble instancia entre otros, se garantizan los derechos fundamentales, las garantías constitucionales, el derecho de defensa y el debido proceso; de allí la importancia de dar aplicación a estos principios, en el manejo de la prueba y en el transcurso del proceso dentro de los límites de la Constitución y la Ley.

A continuación se enuncian y explican los principios que atienden al derecho penal probatorio en el nuevo sistema:

Principio de Presunción de Inocencia.

De acuerdo a lo indicado en la ley, para esta garantía fundamental, toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (C.N, 1991; Ley 906, 2004). Esto es absolutamente importante; la presunción de inocencia radica, en el respeto a la dignidad humana hasta que se demuestre la responsabilidad penal, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada. Este principio es constitucional, protege los derechos humanos y se ha tenido en cuenta tanto en normas nacionales como internacionales.

Derecho a Guardar Silencio.

Como manifestación del derecho fundamental de defensa y del principio de inocencia, el indiciado, imputado o acusado tiene el derecho constitucional de no ser obligado a declarar, no auto incriminarse o declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y de no ser utilizado el silencio en su contra. El defendido está obligado a comparecer, cuantas veces sea citado o conducido por orden judicial, pero esto no significa que deba declarar ni en la etapa investigativa ni en el juicio (C.N art. 33 1991; Ley 906 art 8, 2004). Ciertamente, este derecho es constitucional como derecho del procesado, está relacionado con el derecho a no autoincriminarse, el cual está protegido en la Constitución y en la Ley, también consagrado tanto en las normas nacionales como internacionales, toda vez que la carga de la prueba, la tiene el Estado.

Principio de Legalidad.

La actividad probatoria, como ejercicio de la función jurisdiccional, implica la sumisión al ordenamiento jurídico que afecta y condiciona su procedencia y eficacia. Entendiendo el ordenamiento jurídico, como sistema que parte de la Constitución Política e integra los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, a más de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el derecho procesal (C.N Art. 93, 1991); Es oportuno considerar, que este principio constitucional está consagrado tanto en las normas nacionales como internacionales, garantiza el debido proceso, protege la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de igualdad y la doble instancia. Es así, que todas las decisiones judiciales deben estar ajustadas a esas normas.

El principio de legalidad determina además la interpretación normativa, otorgando prevalencia a los principios rectores y garantías procesales sobre el resto del ordenamiento normativo, limitando el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas. Este principio constituye asimismo un criterio para la valoración probatoria, que

aunque es descrito únicamente para los elementos materiales probatorios y evidencia física, es perfectamente aplicable a todos los medios de conocimiento.

Principio de Libertad Probatoria.

Permite que la prueba de los hechos se realice tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código de Procedimiento Penal como por cualquier otro técnico o científico que no vulnere los derechos humanos. Este principio abre la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 12). Es significativa la importancia que tiene el principio de libertad probatoria, por cuanto los hechos pueden demostrarse con pruebas. El juzgador deberá analizarlas por cualquier medio lícito. Este principio permite proteger los derechos fundamentales, valorando en su conjunto la prueba, en concordancia con el principio de inmediación, respetando el debido proceso y los demás derechos y garantías constitucionales.

Principio de Contradicción.

Como desarrollo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, este principio conlleva un doble derecho: a) El derecho a conocer de todos los actos de investigación y de prueba, b) Al derecho a controvertirlos interviniendo desde su formación. (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005; Ley 906 Art. 378, 2004). Es necesario recalcar que el principio de contradicción se basa en que todas las pruebas deben solicitarse y practicar en el juicio público oral y concentrado, para ser controvertidas en términos sencillos, se debe hacer en forma continua para recordarlas y valorarlas en su conjunto y así fallar en derecho, respetando el debido proceso constitucional.

Principio de Inmediación.

La inmediación es el contacto directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos. (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p.

14). Es el juez quien conoce de los elementos materiales probatorios aportados por las partes y son los que tienen validez dentro del proceso. De acuerdo a lo establecido en nuestro ordenamiento penal, únicamente se estima como prueba la que reúne dos requisitos: Haber sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio y Ante el juez de conocimiento; trae dos excepciones en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que son: La prueba anticipada y La prueba de referencia (Ley 906 Art 16 y 379, 2004).Definitivamente, la sentencia será motivada con fundamento en pruebas introducidas al proceso, teniendo en cuenta los principios de oralidad, inmediación y si no es así, sería nulo de todo derecho, por cuanto el juzgador tiene todo reciente y podrá actuar con imparcialidad.

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.La ley procesal impone que en la actuación penal la práctica de pruebas y el debate argumentativo se realicen de manera continua y preferentemente en un mismo día (Ley 906, art. 17, 2004). Ciertamente es, que la práctica de las pruebas y su debate se desarrollará de forma continua, así podrán valorarse las pruebas en su conjunto y tomarse las decisiones que en derecho correspondan.

Doble Instancia.

Se entiende como la garantía al derecho de solicitar y controvertir las pruebas en el proceso, los autos y sentencias que determinen sobre la admisibilidad de las pruebas y afecten la práctica de las mismas, son susceptibles del recurso de apelación (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 15). Efectivamente, la doble instancia es un derecho protegido en la ley, en la constitución y en las normas nacionales e internacionales, donde se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso; pero podríamos decir, que en este caso se perdería el principio de la inmediación, porque muchas decisiones son demoradas; pero sí permite corregir una sentencia que haya sido violatoria del principios de legalidad, o con violación a los derechos fundamentales.

PERTINENCIA, AUTENTICACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral, debe ser previamente fundamentada tanto en eficiencia como equidad ante el juez y no será oída, a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. La equidad además manda que el adversario tenga derecho a conocer las bases de la evidencia que se ofrece, antes de que la prueba sea practicada, para ejercer libremente el derecho a la contradicción. Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada: Pertinencia, autenticidad y admisibilidad (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 23); El sistema penal Colombiano es de tendencia adversarial y trae la figura de la pertinencia y la conducencia de las pruebas que se analizarán en la audiencia preparatoria.

Pertinencia.

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 23). Significa entonces, que la pertinencia jurídica debe estar vinculada da con el elemento material probatorio, que sea clara, porque de lo contrario el juez la rechazará de plano.

Autenticidad.

Se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una cosa real. El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 24). No cabe duda, que la autenticidad hace relación a lo real, lo original. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando se ha seguido

con los parámetros de la cadena de custodia, previo decreto de los mismos, fijados, recolectados y embalados de acuerdo a la ley y a los protocolos de cadena de custodia.

Admisibilidad.

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad. La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible, y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 26); lo cual es cierto, porque de lo contrario se rechazaría por prueba idónea e impertinente.

PRUEBA ILÍCITA.

Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, concebido como sometimiento de las actuaciones públicas a la integridad del ordenamiento jurídico. En materia probatoria, se contempla la nulidad de pleno derecho como sanción a las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso (C.N. art. 29, 1991). Esta norma enarbola una frontera de actuación de las autoridades públicas, ya que establece que por fuera del debido proceso no puede ser obtenido conocimiento alguno y que de hacerlo, este deberá excluirse.

Los problemas de las pruebas ilícitas y de la admisibilidad de las mismas, han transcurrido entre dos posiciones opuestas, que advierten, una colisión entre valores constitucionales, que son: El rechazo incondicional de toda prueba cuya obtención lesione o ponga en peligro derechos y libertades individuales y la primacía del valor verdad y del derecho al acceso a la justicia sobre los derechos fundamentales de libertad (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 79). Ciertamente, pero debemos mirar si dicha irregularidad por ser menor, no afecta el debido proceso. Preciso es en este punto, el tema del presente artículo, donde la prueba no debe ser obligatoriamente excluida; por cuanto no debe olvidarse que estamos dentro de un Estado Social de derecho, con miras a la búsqueda de una justicia pronta y cumplida, que no conduzca a la impunidad, como tampoco a fallos arbitrarios, por violación de principios fundamentales y garantías procesales.

CLAUSULA DE EXCLUSIÓN.

Se define la regla de exclusión probatoria como el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces, ésta persigue garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Es a partir de la Ley que de manera expresa se indica que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. Esta cláusula es reforzada por la misma ley, ordenando al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria la exclusión de “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” (Ley 906, art. 360, 2004). Lo que resalta desde luego el ensayo sobre la cláusula de exclusión, es que a efectos de respetar los derechos fundamentales, la prueba ilícita o derivada de ésta, se excluye del proceso. Así mismo, que existen excepciones como el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, como veremos:

A pesar de que la Ley 906 de 2004 emula la regla constitucional de exclusión probatoria, admite excepciones a la misma, tales como son: a) El vínculo atenuado, según el cual 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; b) La fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; c) El descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito (SU-159, 2002). Así las cosas se tiene, que la prueba ilícitamente derivada se excluye del proceso, excepto en las situaciones antes nombradas, donde la prueba principal es ilícita y la derivada no es directa, o cuando la prueba llegó a través de una fuente desvinculada o se descubrió por un medio distinto.

FUENTES DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

Se tiene que la prueba inconstitucional u obtenida con violación del debido proceso, no afecta todo el proceso, sino exclusivamente la prueba viciada. Para determinar si en relación con éste tipo de prueba procede su exclusión, se debe acudir además al concepto de irregularidad menor, que no afecta 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 (La prueba en el Sistema Penal Acusatorio, 2005, p. 81). De ahí la importancia de conocer las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional, tema objeto de estudio en varias jurisprudencias, en las que se hace énfasis en la violación al debido proceso y otras garantías fundamentales, que traen como consecuencia la exclusión de una prueba, es por ello, que se debe tener en cuenta la imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, además el goce de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

CONCLUSIONES.

El legislador garante de una verdadera justicia material, regula la exclusión probatoria como el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso, la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales.

Es claro que en virtud de ésta cláusula, se relativiza la aplicación de la exclusión probatoria, toda vez que la misma norma establece una excepción, con las cuales busca la consecución de la verdad material, objeto del proceso penal; situación que conlleva a una colisión entre el interés público y la protección de los derechos y garantías fundamentales del procesado.

Surge además incertidumbre, sobre la admisibilidad de las pruebas lícitas derivadas de pruebas obtenidas ilícitamente, toda vez que para justificar o negar la admisibilidad de algunas de ellas se incurre en juicios soportados en las teorías del vínculo atenuado, la fuente

independiente y el descubrimiento inevitable, en virtud de las cuales la aplicación de la cláusula de exclusión pasa a ser relativizada.

No es fácil encontrar pautas generales para resolver el conflicto presentado, toda vez que, en primer lugar, no existe una definición unívoca de prueba ilícita. En efecto, la prueba ilícita se puede definir como aquella que atenta contra la dignidad humana, o como la prueba que es contraria a derecho, también como la que atenta contra la moral y las buenas costumbres. Así mismo, existen posiciones que limitan las pruebas ilícitas exclusivamente a la violación de derechos fundamentales.

Estas consideraciones permiten entender, que cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta que el derecho penal, en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia. Por lo tanto, al excluirse una prueba no sólo se debe tener en cuenta el respeto de las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa del procesado, sino también, el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen la ley.

Así las cosas, el Juez no es solo un instrumento funcional destinado a administrar normas jurídicas, pues su labor trasciende hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan el Estado, por lo tanto, es factible y válido, que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la Cláusula de Exclusión, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.

Por las consideraciones prenotadas, se llega a la conclusión en el presente artículo de reflexión, que es procedente la no aplicación absoluta de la cláusula de exclusión, por cuanto priman los fines constitucionales del proceso penal, en la búsqueda del valor de la justicia, proyectados más allá del caso particular, hacia el alcance de los fines superiores del Estado, que

también involucran los derechos de la sociedad, representados en los derechos de las víctimas y terceros.

BIBLIOGRAFIA.

- Alarcón Granobles, H.J.; Cadena Lozano, Raúl (2004). Garantías Constitucionales y La Prueba Ilícita. Ediciones Nueva Jurídica Bogotá: 134 p.
- Angarita Baron, C. (1992). Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-406. Bogota, D.C., Colombia.
- Arenas Salazar, J. (2003). Pruebas Penales Ii Edicion. Bogota: Ediciones Doctrina Y Ley.
- Bahena Upegui, M. (2002). Teoria de la Historia de lo Teorico, Facultad Ciencias Políticas, Centro de Investigacion . Bogota: Ediciones Juridicas.
- Bedoya Sierra , L. (2008). La Prueba en el Proceso Colombiano. Bogota, D.C.: Galeria Grafica.
- Bedoya Sierra, L. (2008). Limitaciones de Derechos Fundamentales en en el Sistema Acusatorio Colombiano. Bogota: Rustica Comlibros.
- Beltran Sierra, A. (9 De Junio De 2005). Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casacion 591-05. Bogota, D.C., Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2004). El Derecho Fundamental del Debido Proceso: Señal Editora. Medellín. 83 p.
- Bustos Martinez, J. (27 De Mayo de 2009). Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal. Sentencia 30711. Bogota, D.C., Colombia.
- Bustos Martinez, J. L. (14 de Septiembre de 2009). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal. Sentencia 31900. Bogota, D.C., Colombia.
- Bustos Martinez, J. L. (4 de Marzo de 2009). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal. Sentencia 28628. Bogota, D.C., Colombia.
- Cadena Lozano, R. (2006). Clausula de Exclusion Y Argumentacion Juridica en el Sistema Penal Acusatorio. Bogota: Ediciones Juridicas Andres Morales.
- Cadena Lozano, Raúl (2003). Principios de la Prueba en Materia Penal: Nueva jurídica. Segunda edición. Bogotá. 325 p.
- Calle Calderón, Armando Luis (2000). Bases para una Fundamentación Político Constitucional del Debido Proceso. En: Nuevo Foro Penal, No. 63. Medellín. p. 45–68.

- Cepeda Espinosa, M. J. (6 de Marzo de 2002). Corte Constitucional. Sentencia T-426353. Bogota, D.C., Colombia.
- Cepeda Espinosa, M. J. (6 de Marzo de 2002). Corte Constitucional. Sentencia Unificacion De Tutela Su 159. Bogota, D.C., Colombia.
- Cepeda Espinosa, M. J. (2002). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal. Sentencia Su-159. Bogota, D.C., Colombia.
- Cintura Varela, F. (2005). Sistema Penal Acusatorio. Bogota D.C.: Díké.
- Congreso de la Republica de Colombia. (1991). Constitucion Politica de Colombia. Bogota: Legis.
- Congreso de La Republica de Colombia. (2004).Codigo de Procedimiento Penal Ley 906. Bogota: Momo Ediciones.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2006). Libro de Memorias XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogota D.C.
- Chinchilla Herrera, T. E. (1999). ¿Qué Son y Cuáles Son los Derechos Fundamentales?: Temis. Primera edición. Bogotá. 163 p.
- Devis Echandia, H. (2008). Compendio de Derecho Procesal, Tomo II. Bogota: Libertad.
- Diaz Cabiale, J. A.; Martinez Morales, R. (2002). La Teoría de la Conexión de Antijuridicidad. En: Jueces Para la Democracia: Información y Debate número 43. p. 39–49.
- Echeverri Salazar, Orlando (2003). Debido Proceso y Pruebas Ilícitas. Doctrina y Ley. Bogotá. 69 p.
- Espinosa Perez, S. (10 de Marzo de 2010). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal. Sentencia 33621. Bogota, D.C., Colombia.
- Fernández Entralgo, Jesús. (1989) Prueba Ilegítimamente Obtenida. En: jueces para la Democracia: Información y Debate, No. 7. p. 21-33.
- Fiscalía General de la Nacion. (2006). Manual de Procedimiento de Fiscalia en el Sistema Penal Acusatorio Nueva Justicia Para Los Colombianos. Bogota.D.C.: Imprenta Nacional.
- Gascon Abellán, M. (2005). ¿Freedom of proof?: El incuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita. En: jueces para la Democracia: Información y Debate, No.52. P. 74-85.
- Galan Castellanos, H. (8 de Agosto de 2009). Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal. Sentencia 18451. Bogota, D.C., Colombia.

- Gartua Salaverría, J. (1992). *Márgenes y Límites en la Aplicación del Derecho*. Donostia: librería carmelo. 160 p.
- Gonzalez de Lemos, M. D. (19 de diciembre de 2009). Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion . Sentencia 30598. Bogota, D.C., Colombia.
- Guariglia, F. (1996). Las Prohibiciones de Valoración Probatoria en el Procedimiento Penal. en: *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, No. 26. P. 76–80. 21.
- Guerrero Peralta, O.J (2007). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal: Nueva Jurídica*. Segunda edición. Bogotá.
- Jaén Vallejo, M. (2003). Acusación e Investigación en el Sistema Procesal Penal. En: revista *Diálogos y Saberes*, No. 24. P. 198–199.
- Lombana Trujillo, E. (30 de Marzo De 2006). Corte Suprema De Justicia. Sentencia de Casacion 24468. Bogota, D.C., Colombia.
- Maier, J. (1999). Las Prohibiciones de Valoración Probatoria en el Procedimiento Penal. En: *Nuevo Foro Penal*, No. 60. Medellín. P. 135–143.
- Mejia Escobar, C. E. (15 de Agosto de 2000). Corte Suprema De Justicia Sala De Casacion Penal. Sentencia De Casacion 14368. Bogota, D.C., Colombia.
- Miranda Estrampes, M. (2003). La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita: Historia de su Nacimiento y su Progresiva Limitación. En: *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, No. 47. P. 53-66.
- Monroy Cabra, M.G. (2007) Auto Auto 227 Bogotá, Colombia.
- Moreno ortiz, L. J. (2000). *Acceso a la Justicia*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 206 p.
- Palacio Palacio, J. I. (1 De Julio De 2011). Corte Constitucional. Recurso De Suplica Exp. D 8420. Bogota, D.C., Colombia.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual De Derecho Probatorio*. Bogota D.C.: Libertad.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual De Derecho Probatorio*. Bogota D.C.: Profesional Ltda.
- Pelaez Hernandez, R. (2008). *Reflexiones En Torno Al Tratamiento De La Prueba Illicita En El Sistema Juridico Colombiano*. Bogota: Mision Juridica.
- Pinilla Pinilla, N. E. (20 De Marzo De 2005). Corte Suprema De Justicia Sala De Casacion Penal. Sentencia 18103. Bogota, D.C., Colombia.

- Pulido De Baron, M. (9 De Noviembre De 2006). Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal. Sentencia 23327. Bogota, D.D., Colombia.
- Quintero Milanés, J. (3 de Febrero de 2010). Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Senencia 30612. Bogota , D.C., Colombia.
- Ramirez Bastidas, Y. (21 de Octubre de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casacion Exp- 32193. Bogota, D.C., Colombia.
- Ruiz Jaramillo, L.B. (2006). El derecho Fundamental a la Prueba, Análisis de la Jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. Informe final de Investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad De Antioquia. Medellín.
- Rodriguez, O.A.(2003). Prueba Ilícita Penal: jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 484 p.
- Roxin, C. (2000). La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo blanch. Valencia. 158 p.
- Socha Salamanca, J. E. (20 de Mayo de 2009). Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal. Sentencia 31127. Bogota, D.C., Colombia.
- Solarte Portillo, M. (4 de Junio de 2005). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal. Sentencia 21483. Bogota, D.C., Colombia.
- Urbano Martínez, J.J. (2004). Prueba Ilícita y Regla de Exclusión. En: Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. P. 307 -404.
- Vargas Hernandez, C. I. (9 de Septiembre de 2005). Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-591. Bogota, D.C., Colombia.
- Zapata Ortiz, J. (21 de Febrero de 2007). Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casacion 25920. Bogota, D.C., Colombia.